BIDRAG

TILL LÄRAN

OM AFTAL

SÄRSKILDT MELLAN FRÅNVARANDE.

EN KOMPARATIV RÄTTSSTUDIE.

I.

ALLMÄNNA RÄTTSGRUNDSATSER OCH FRÄMMANDE LANDSLAGSTIFTNING.

AKADEMISK AFHANDLING

SOM MED TILLSTÅND AF

RECTOR MAGNIFICUS

OCH

JURIDISKA FAKULTETEN VID UPSALA UNIVERSITET

TILL OFFENTLIG GRANSKNING FRAMSTÄLLES

Å HÖRSALEN N:o IV

ONSDAGEN DEN 26 SEPTEMBER 1900 KL. 10 F. M.

AF

C. A. REUTERSKIÖLD.

BIDRAG

TILL LÄRAN

OM AFTAL

SÄRSKILDT MELLAN FRÅNVARANDE.

EN KOMPARATIV RÄTTSSTUDIE.

I.

ALLMÄNNA RÄTTSGRUNDSATSER OCH FRÄMMANDE LANDSLAGSTIFTNING.

AKADEMISK AFHANDLING

SOM MED TILLSTÅND AF

RECTOR MAGNIFICUS

OCH

JURIDISKA FAKULTETEN VID UPSALA UNIVERSITET

TILL OFFENTLIG GRANSKNING FRAMSTÄLLES

Å HÖRSALEN N:o IV

ONSDAGEN DEN 26 SEPTEMBER 1900 KL. 10 F. M.

AF

C. A. REUTERSKIÖLD.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

UPSALA 1900
AKADEMISKA BOKTRYCKERIET
EDV. BERLING.

Sin första upprinnelse har föreliggande undersökning i det studium af den romerska aftals- eller kontraktsläran, hvaraf min 1899 utgifna afhandling »Pacta de contrahendo» blef en första frukt. Redan då trodde jag mig finna, att för ett fullt förstående såväl af den specifikt romerska kontraktsläran som af aftalsläran i allmänhet en förnyad granskning af själfva aftalsbegreppet vore önsklig, trots den ganska vidlyftiga litteratur, som därom förut finnes, äfvensom att en dylik granskning borde söka sin utgångspunkt och sitt rättesnöre inom den jämförande rättsvetenskapen och dess metoder. Aftalet är nämligen icke en vare sig nationel eller internationel juridisk uppfinning, utan ett för alla kulturfolk gemensamt institut, till hvilket rätten måste med eller mot sin vilja taga hänsyn, den må vara romersk, romansk, anglikansk, germansk, och som särskildt med hänsyn till den mellanfolkliga privatsamfärdseln i våra dagar kräfver en universel behandling, en de gemensamma dragen framhäfvande tolkning.

Än mera bekräftades denna min uppfattning angående behofvet af en revision af aftalsläran genom läsningen af tvänne, hvar i sitt slag tankeväckande och i hög grad fängslande arbeten, nämligen Schlossmann's Der Vertrag, Leipzig 1876, (cit. Schlossmann, Vertrag) och Jul. Lassen's Løfte og Akcept i Tidsskrift for Retsvidenskab 1888, (cit. Jul. Lassen i *T. f. R.* I:). Bådas kritik af aftalsbegreppet tycktes mig öfvertygande, bådas framställningar sanna, men på samma gång endast gifvande en delbild af sanningen, icke en bild af hela sanningen. Ty, huru riktigt än det må vara, som af dem i denna fråga blifvit sagdt, så kvarstår dock i allt fall oförklaradt, huru aftalet, om det principielt vore så utan all egen betydelse för rättsbildningen, som deras kritik enligt min tanke vill gifva vid handen, likväl inom både doktrin, praxis och lagstiftning och framför allt i det allmänna föreställningssättet och rättsmedvetandet kunnat spela och faktiskt fortfarande spelar en så ingripande roll vid

den privata rättsbildningen i förmögenhetsrättsligt afseende, som händelsen verkligen är. Och helt naturligt framställde sig då den frågan: månne ej detta förmögenhetsrättsliga aftal — endast härom skall i det följande handlas[1] — i själfva verket innehåller moment, som hittills icke blifvit tillbörligen beaktade eller närmare undersökta och fastställda, och som, där uppmärksamheten droges till dem, kunde vara i stånd att åt aftalsinstitutet återvinna den plats i rättssystemet, hvilken det eljes synes på väg att förlora och som i allt fall gjorts det samma stridigt?

Granskar man med denna fråga för ögonen litteraturen i ämnet, så visar sig ock, så vidt jag kan döma, att sådana moment finnas, och att man visserligen icke helt förbisett dem, men å andra sidan heller icke till fullo insett deras värde och betydelse. Hvad jag i det följande kommer att framställa gör därför icke anspråk på att vara i och för sig för första gången framställdt, men visserligen att genom mig hafva erhållit en ny och, jag må väl säga, en riktigare tolkning än tillförene, hvarvid äfven en del helt nya synpunkter torde komma till sin rätt. Min ställning till litteraturen och frågans behandling i allmänhet torde därför böra med några ord här klargöras[2].

Den första åtgärd, som enligt min tanke en undersökning af aftalsbegreppet — och det är några bidrag till detta *begrepps* utredande, som föreliggande afhandling afser att gifva — kräfver, är ett preliminärt fastställande af vissa allmänna synpunkter med afseende på frågan, huru aftalet uppfattas i det allmänna föreställningssättet, och därefter, med dessa för ögonen, en granskning af de i litteraturen framställda åsigterna om aftalet. Utgår man därvid, såsom skäligt kan tyckas, från det antagande, att en vetenskapsidkare är i stånd att gifva och i regel ger en logisk framställning och utveckling af sina tankar och åsigter, så torde vara klart, att hans resultat kunna angripas endast genom att angripa den eller de principer, på hvilka hans framställning hvilar. Det är

---

[1] Min ursprungliga afsigt var, att föreliggande afhandling skulle såsom I. hafva omfattat äfven svensk rätt och efterföljts af en II., omfattande öfriga privaträttsliga samt de offentligrättsliga aftalen, men då af flere skäl det svenska rättssystemets förmögenhetsrättsliga aftalsbegrepp här måst lämnas å sido, har jag äfven trott mig böra begränsa ämnet öfver hufvud på sätt skett.

[2] I min Kritik och Motkritik, Sthlm 1900, s. 42 ff. har jag redan framlagt liknande synpunkter, men då detta arbete endast tryckts i ett fåtal exemplar, har jag ansett lämpligt att här ånyo upptaga frågan.

visserligen möjligt, att hans logik ej varit alldeles felfri och man bör då naturligen söka uppvisa detta. I många fall är äfven ett dylikt förfarande tillräckligt. Men i andra torde det icke hjälpa att uppvisa bristerna i logiken, om man nämligen i afseende på utgångspunkterna hyser en helt afvikande mening, ty i så fall måste man, äfven om logiken varit riktig eller man i och för sig godkänner resultaten, dock för dem söka en annan grund. Naturligen finnes heller intet hinder att inskränka sig till den negativa kritiken och blott uppvisa, att dessa resultat icke följa af dessa grunder, eller att dessa grunder icke äro riktiga, huru än resultaten för öfrigt må vara. Mera fruktbärande tyckes mig dock vara att, utan kritiskt uppvisande af möjliga felaktigheter hos andra författare, som behandlat samma ämne, från den grund, man själf gillar, söka själf positivt utveckla frågan. Understundom torde rent af i så fall ett framställande af den förberedande kritiken vara alldeles öfverflödigt och äfven olämpligt till följd däraf, att densamma måste komma att rikta sig mot framställningar icke af själfva den fråga, som man vill behandla, utan af en helt annan, hvilken för det egna ämnet visserligen är af betydelse, men endast såsom förutsättning. Om jag sålunda vill skrifva om en speciel fråga, tyckes det mig vara minst sagdt en öfverflödsgärning att först söka vederlägga redan framställda olika åsikter om denna, så framt jag blifvit öfvertygad därom, att grunden till de felaktigheter, som jag ansett vidlåda dessa framställningar, ligger icke eller åtminstone mindre i bristande logisk konsekvens än i en oriktig utgångspunkt eller en oriktig eller ofullständig uppfattning af ett begrepp, som utgör förutsättning för hvarje utredning rörande nämda fråga. Skulle jag med afseende härpå ingå i en polemik, så måste denna rikta sig mot respektive författares åsikter angående utgångspunkten eller förutsättningsbegreppet, men detta åter skulle medföra att skriften väsentligen blefve en annan, än den jag velat skrifva. Här tyckes mig, att jag måste vara fullt befogad att lämna kritiken åsido, allenast jag framlägger och fastställer min egen utgångspunkt och uppfattning af förutsättningsbegreppet och tillika erkänner och antyder sammanhanget mellan mina åsikter och vetenskapens förutvarande *resultat* i själfva hufvudfrågan, hvaremot min ställning till dessa åsikter i afseende på förutsättningsbegreppet icke behöfver i det sammanhanget närmare klargöras.

Nu torde det dock förhålla sig så, att »vetenskapens resultat» egentligen blott utgöres af sammanfattningen af de enskilde

vetenskapsidkarnes forskningsresultat i ett visst afseende, men icke nödvändigtvis sådant som detta *af dem själfva* fattats eller menats, ty detta är, eller blir åtminstone med tiden, i de flesta fall af underordnad betydelse, utan sådant det af andra faktiskt förstås eller på dem verkat väckande. Resultatet fixeras nämligen genom det sätt, hvarpå andra uppfatta eller af skriftens eget innehåll föranledas uppfatta en skrift, men icke genom denna skrifts möjligen på olika sätt uppfattbara och af författaren själf på visst från läsarens afvikande sätt fattade mening. En författares uttalanden hafva sin betydelse just däri, *att* de af andra uppfattas och att de af andra bona fide uppfattas så eller så. Om därför en författare missförstås, är detta visserligen för honom och från hans ståndpunkt beklagligt, och han har rätt att på allt sätt söka utreda och motverka dessa missförstånd, men för vetenskapens egen utveckling kan missförståndet vara lika så fruktbärande som det rätta förståndet. Striden om hvad den eller den författaren eller auktoriteten verkligen menat och icke menat har åtminstone för mig rent subjektive intet intresse, och jag lämnar därför i regel alldeles den frågan å sido. Föreligger alltså icke en afsikt att kritiskt granska andras meningar från deras egna utgångspunkter, så kan och bör hvarje författare under erkännande af sina källor upptaga och använda andras i skrifter tillgängliga uttalanden, så långt och på sådant sätt som dessa för honom framstå såsom i sig riktiga eller vägledande. Gillar han en annan författares hela bevisföring eller sammanhängande framställning, eller anser han den i allt fall icke af andras förebragta motbevisning rubbad, gäller alldeles det samma, och en enkel hänvisning till denna lärer då vara fullt tillräcklig.

För mig står det axiomatiskt fast och klart, att ingen forskare någonsin finner eller ens kan finna hela sanningen. Alla se vi så att säga endels; endast genom gemensamt arbete kan vetenskapen gå framåt. Jag skulle vilja i en paradox tillspetsa min uppfattning därhän, att allt hvad en forskare efter pröfning uttalar, det är i viss mening sant och riktigt, men blott endels och måhända ofta just på ett sätt, som från början hvarken afsetts eller insetts. Först genom sammanställning, schematisering och systematisering kunna rättsvetenskapens olika resultat komma i ett städse riktigare och riktigare ljus, låt vara att detta stundom sker på ett rent negativt sätt. Med denna uppfattning blir det visserligen en nödvändighet för en hvar, som arbetar efter en dylik metod, att såsom källor angifva alla de författare, från hvilka han faktiskt

hämtat stoff för sin egen framställning och genom studiet af hvilka han kommit just till sin ståndpunkt. Men det blir icke nödvändigt att genomforska allt hvad som kan vara förut skrifvet.

Emellertid må jag till undvikande af missförstånd äfven framhålla, att denna ställning till litteraturen i väsentlig mån kan förändras, därest en rättsvetenskaplig författare har ställt sig till uppgift en undersökning eller ett kommenterande af en viss gifven lag- eller författningstext, ty i detta fall är texten i första hand gemensam utgångspunkt för alla, som däröfver skrifvit och kritiken af andras åsigter blir därför ett, om ej nödvändigt, så dock särdeles nyttigt moment i den egna framställningen — naturligtvis äfven här förutsatt, att skiljaktigheterna bero af olika uppfattning blott af texten, icke af utanför liggande allmänna utgångspunkter.

Hvad min egen författareverksamhet angår, har jag redan i inledningen till min afhandling »Den svensk-norska unionsförfattningen» antydt min principiella uppfattning i dessa stycken, och såväl i detta som i alla mina senare vetenskapliga arbeten har jag samvetsgrant sökt i noterna angifva, hvilka *mina* källor, icke hvilka källorna öfver hufvud varit, och jag har i regel, där jag ej bestämdt velat åberopa ett citeradt yttrande, blott hänvisat till en *jämförelse* med de angifna skrifterna, därvid antagande såsom självklart, att en dylik hänvisning icke skulle kunna uppfattas såsom ett ovillkorligt upptagande af detta ställe till stöd för min åsikt. Jag har väl härigenom kommit att i viss mån belasta mina arbeten med citat, som med en annan uppfattning i denna fråga ofta varit onödiga, men detta har med *min* uppfattning af saken varit oundvikligt.

Sedan på detta sätt genom litteraturen en allmän teoretisk uppfattning af aftalsbegreppet erhållits, bör detta pröfvas genom granskning af lagstiftningarnas positiva bestämmelser, därest sådana öfver hufvud finnas, ty dessa äro självfallet ett minst lika troget uttryck för rättsmedvetandet som litteraturen. Och att den granskningen i mer än en punkt kan komma att verka tillbaka på och modifiera den preliminära teorien, torde icke behöfva mer än påpekas. Först sedan äfven detta arbete afslutats, kan alltså sammanarbetningen af det hela begynna.

Så har ock skett; efter denna metod är det, som föreliggande afhandling, liksom mina förut utgifna begreppsundersökningar, blifvit

utarbetad. Den teoretiska grundläggning, som sålunda i första kapitlet lämnas, har afsett att gifva dels några allmänna synpunkter rörande utgångspunkten: individernas af samhället förefunna och reglerade dispositionsförmåga och betydelsen af deras viljeförklaringar i den privata samfärdseln, dels en utredning af det sociala aftalsbegreppet samt förhållandet mellan aftal och andra rättshandlingar äfvensom angående aftalets rationella perfektionsmoment. Däremot har såväl frågan om aftal genom ställföreträdare som frågan om förutsättningarne för en giltig viljeförklaring (förmåga af rättshandlingar, frånvaro af misstag, tvång o. s. v.) lämnats å sido såsom varande utan särskild betydelse för aftalsbegreppet, hvilket blott förutsätter en giltig viljeförklaring; endast vid tal om aftalets internationella rättsbestämning torde frågan om den lag, som har att reglera äfven kontrahenternas aftalsförmåga, kunna och böra upptagas till behandling. I än högre grad faller frågan om »nichtige Verträge» utom ämnet.

Inom den till första kapitlet begagnade litteraturen intaga naturligen Schlossmann's och Jul. Lassen's redan nämda afhandlingar liksom äfven »Anteckningar efter prof. E. V. Nordling's föreläsningar i svensk civilrätt, allmänna delen, 1891 (cit. Nordling, Allm. Del.) ett betydelsefullt rum. I hufvudsak anslutande mig till den förstnämdes af Nordling upptagna och vidare utförda kritik af viljeteorien, har jag ansett mig befogad att inskränka min egen framställning till ett betonande af denna kritiks giltighet, äfven när jag måst mot den samma framställa vissa invändningar, delvis i öfverensstämmelse med Zitelmann's Die juristische Willenserklärung i Iherings Jahrbücher 1878 — hans »Irrthum und Rechtsgeschäft» har jag däremot icke haft tillfälle att se. I detta sammanhang må ock såsom källa nämnas Kohler's Studien über Mentalreservation und Simulation i Iherings Jahrbücher s. å. samt, ehuru ej citerad, Ueber den Willen im Privatrecht, därsammastädes 1889.

Vigtigare har däremot varit att åtminstone i korthet företaga en »Auseinandersetzung» med tillitsteorien, särdeles sådan den samma tagit form och gestalt i den danska rättsvetenskapen dels genom N. Lassen's Villien som Forpligtelsesgrund, 1874 (cit. N. Lassen, Villien) dels genom Goos' Forelæsninger over den almindelige Retslære 1885—1894, (cit. Goos, Alm. Retslære), samt Aagesen's Forelæsninger over den romerske Privatret, 1882 (cit. Aagesen, Rom. Ret.) och Indledning til den danske formueret, 1881 (cit. Aagesen, Indledning) äfvensom Jul. Lassen's Haandbog i Obligationsretten, Almindelig del 1892 (cit. Jul. Lassen, Haandbog I), och

Hagerup's kritik af sistnämda arbete i uppsatsen Til Obligationsrettens almindelige Del i Tidsskrift for Retsvidenskab, 1894. Däremot har jag icke ansett behöfligt att här granska den tyska »Vertrauenstheorie», åt hvilken t. ex. Hartmann's Wort und Wille im Rechtsverkehr i Iherings Jahrbücher 1882 samt Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens i Archiv für civilitische Praxis 1888 gifvit ett lika hofsamt som välskrifvet uttryck och försvar — båda dessa uppsatser hafva däremot begagnats till andra kapitlet. Öfver hufvud är den tyska tillitsteorien mindre ensidig än den danska, men kan därför ock såsom tillitsteori inbegripas under den här klarare och följdriktigare utbildade danska. Min egen ståndpunkt åter har framgått ur den Nordlingska intresseteorien, mot hvars praktiska tillämplighet dock vissa invändningar synas befogade, hvilka medfört, att jag i anslutning till de åsigter, som jag redan i min bok Ueber Rechtsauslegung, 1899 i Upsala Universitets årsskrift (cit. Reuterskiöld, Rechtsauslegung) antydt, kommit till en från hans i viss mån afvikande uppfattning.

För bestämmandet af aftalsbegreppet har emellertid varit nödigt att först klargöra begreppet rättshandling eller, enligt finsksvensk terminologi, rättsärende. Med utgångspunkt i Lenel's banbrytande och därför väl mycket tillspetsade afhandling Parteiabsicht und Rechtserfolg i Iherings Jahrbücher 1881 samt Bechmann's i arbetet Der Kauf nach gemeinem Recht 1876, 1884 (cit. Bechmann, Kauf) försigtigare uttalade uppfattning, har min egen åsigt om såväl rättshandlings- som rättsförhållandebegreppen likväl väsentligen påverkats och bestämts af Trygger's korta men klara anmärkningar härom i afhandlingarne Om Fullmakt, 1884, och Om skriftliga bevis, 1887, (cit. Trygger, Fullmakt och Trygger, Skriftl. bevis). I öfrigt böra här såsom källor till afhandlingens aftalsteori med afseende å olika detaljer särskildt nämnas, utom förut nämda allmänna arbeten, Montgomery's Handbok i Finlands allmänna privaträtt 1889, 1895 (cit. Montgomery, Finl. Privaträtt), Regelsberger's utförliga framställning i Pandekten 1893, och den sammes Die Handelsgeschäfte i Endemann's Handbuch des deutschen Handelsrechts 1883 (cit. Regelsberger-Endemann, Handbuch), Koeppen's i annat sammanhang omnämda afhandling, Bierling's Juristische Prinzipienlehre 1894, 1898, en bok, hvars värde visserligen skulle vara större, om dess framställningssätt vore mindre exklusivt Bierling'skt, Kuntze's förträffliga Der Gesammtakt 1892, i Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. jur.

Otto Müller, Bekker's aforistiska, men djuptänkta System des heutigen Pandektenrechts, 1886, 1889 (cit. Bekker, System), hvilket arbete äfven i flere andra punkter inverkat på föreliggande afhandling, Karlowa's Das Rechtsgeschäft, 1877, som äfven anlitats vid andra kapitlet, Jacobi's Versprechen und Vertrag i Iherings Jahrbücher 1896 samt Affolter's Zur Lehre vom Vertrage i Archiv für bürgerliches Recht 1894. Härvid kanske ock bör nämnas, att den engelska rättens bestämmelser i ej ringa mån bidragit att stadga min uppfattning i här omhandlade frågor, ehuru jag ej förrän den samma redan blifvit i hufvudsak fixerad, haft tillfälle att lära närmare känna dess ståndpunkt. Den schematiska öfversigten å sidd. 24, 25 gör icke anspråk på att vara i allo definitiv, men är gifven till läsarens ledning, särskildt med hänsyn till den i viss mån egenartade terminologi, som jag funnit nödigt att söka genomföra.

Läran om aftalet har väsentligen befordrats och utbildats genom litteraturen om aftal mellan frånvarande och då äfven jag i denna afhandling velat fästa särskildt afseende just vid denna fråga, ehuru ingalunda uteslutande vid den, har jag ansett befogadt att också i bokens titel utmärka detta genom tillägget »särskildt mellan frånvarande». — Det arbete, hvilket forskaren på detta fält först bör uppsöka, är utan tvifvel Koeppen's Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden i Iherings Jahrbücher 1871, helst det samma utgör på en gång en afslutning och sammanfattning af den äldre litteraturen och en inledning till den nyare. Om denna äldre litteratur har jag visserligen tagit del äfven direkt, ehuru jag icke funnit skäl att citera mer än ett par författare, af hvilka åtminstone den ene alltjämt måste anses ega en självständig betydelse, nämligen Regelsberger's Civilrechtliche Erörterungen I. Die Vorverhandlungen bei Verträgen, 1868 (cit. Regelsberger, Erörterungen I) samt v. Scheurl's Vertragsabschluss unter Abwesenden i Iherings Jahrbücher 1858, jämförd med densammes Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts 1852. Såväl rörande den äldre, som beträffande icke anförd nyare, litteratur hänvisar jag i öfrigt till den synnerligt goda bibliografiska öfversigten i Valéry's nedan omtalade franska arbete om aftal mellan frånvarande. — De af Koeppen uttalade åsigterna upptogos och genomfördes i än större utsträckning af Gardeike, Die Verträge unter Abwesenden, 1882 (cit. Gardeike, Verträge), men på ett sätt och i en form, som verkat allt utom tilldragande. Till sin planläggning äfvenledes mindre lycklig, men till sitt innehåll beaktansvärd är däremot

Schott's Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden 1873 (cit. Schott, Oblig. Vertrag), och i båda afseendena förträffliga Kühn's Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden i Iherings Jahrbücher 1878, Kohler's Ueber den Vertrag unter Abwesenden i Archiv für bürgerliches Recht 1889, Sohm's Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden i Goldschmidts Zeitschrift 1873, samt Krückmann's Göttingerdissertation Ueber den Vertragsschluss, 1892 (cit. Krückmann, Vertragsschluss), hvilken upptagit och självständigt utvecklat den af Siegel i arbetet Das Versprechen als Verpflichtungsgrund 1873 (cit. Siegel, Versprechen) uppstälda, fruktbringande skilnaden mellan pligten att hålla sitt ord och att utföra hvad man lofvat. I detta sammanhang bör ock nämnas Almén's Om auktion såsom medel att åvägabringa aftal II, 1900, äfvensom Ehrlich's Die stillschweigende Willenserklärung, 1893. Dissertationer i öfrigt, som blifvit citerade äro bl. a. Marsson, Die Natur der Vertragsofferte, Greifsw. 1879, Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Zürich 1896, Maag, Vertragschluss unter Abwesenden, Zürich 1891, Mannesmann, Das einseitige Versprechen, Erlangen 1897, Maas, Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege (särskildt utgifven och omarbetad 1889), Jacobson, De telefonie van privatrechtelijk standpunt bezien, Amsterdam 1893. — Äfven den franska rättslitteraturen har att uppvisa flere arbeten rörande aftal mellan frånvarande; af dessa har jag begagnat Valéry's Des Contrats par correspondence 1895 (cit. Valéry, Des Contrats), och Dolbeau's Thèse Des Contrats par correspondence en général 1896 (cit. Dolbeau, Contrats), båda särdeles goda arbeten, ej minst det sistnämda. Äfven ett par andra, ehuru obetydligare »thèses pour le doctorat», nämligen Aubert, Du Contrat par nuncium; du contrat par correspondence, 1893, och Cousin, Des Contrats entre absents, 1886, finnas citerade.

I öfrigt hafva i olika sammanhang flere arbeten citerats, hvilkas uppräknande här torde vara öfverflödigt, då de ändock äro betecknade på ett sätt, som icke lärer medföra några svårigheter för igenfinnande. Dock må påpekas, att årtalen äro för de anförda Windscheid's Pandektenrecht (femte upplagan) 1882, Dernburg's Pandekten (tredje upplagan) 1892, v. Vangerow's Lehrbuch d. Pandecten I, 1851, Stobbe's Handbuch des deutschen Privatrechts III, 1878, Hallager's Den norske Obligationsret 1859, Hasenöhrl's Das österreichische Obligationenrecht 1892, 1899. Att ej

alltid senaste upplagan af ett arbete blifvit begagnad beror därpå, att väl en äldre, men icke den sista stått mig till buds vid de tillfällen, då jag under arbetets fortgång behöft använda det samma.

Andra och tredje kapitlet äro egnade åt en undersökning af den romerska rätten och en del nu gällande utländska landslagstiftningars ställning till aftalsbegreppet, sådant det i första kapitlet vetenskapligt fixerats. Härvid har naturligen meningen icke varit att söka intolka detta teoretiska begrepp i de positiva rättsordningarna, men väl att tillse, i hvad mån dessa kunna eller icke kunna anses ge uttryck åt nämda aftalsbegrepp. Såsom redan nämts, har för öfrigt aftalsbegreppet själft fixerats med hänsyn äfven till den positiva rätten, men icke uteslutande med hänsyn till denna. Att så skett, beror därpå att aftalet är visserligen icke ett aprioriskt för alla folk och tider lika, men dock ett ur folkmedvetandet sprunget begrepp, om hvilket vetenskapen *aldrig* kan erhålla klarhet, så vida den inskränker sig till en betraktelse af de positiva systemen allena. Å andra sidan kan det moderna sociala aftalsbegreppet först genom att upptagas af rätten erhålla den fasthet och begränsning, som för dess vetenskapliga värde är nödvändigt, och det gäller därför att noga undersöka, hvilken ställning de olika rättssystemen intaga till detta sociala begrepp, och huruvida de med aftal möjligen mena något annat än som ligger i detta och i så fall hvad.

Härvid måste intresset i första hand rikta sig mot lagtexterna själfva och mot de däri uttryckta grundsatserna, mindre eller alls icke mot litteraturen om dessa lagars innehåll. För den skull har jag konsekvent undvikit att här uppsöka litteraturen utom i sådana fall, då denna varit riktad på tolkningen af ett bestämdt för frågan betydelsefullt lagställe, eller då bifrågor uppstått, hvilka erfordrat ett svar utan att detta svar väsentligen kunnat inverka på hufvudsaken, eller slutligen då ett arbete särskildt haft till uppgift att behandla frågan om aftal mellan frånvarande. I öfrigt har jag sökt genom ett direkt och självständigt källstudium komma till egna resultat. Att jag under detta arbete afsiktligt forskat efter det i lagstiftningarna gemensamma, äfven där skiljaktigheterna mähända i praxis äro de mera framträdande, kan jag så långt ifrån anse som en brist, att jag tvärtom däri ser fullföljandet af en hufvuduppgift för den komparativa rättsvetenskapen — och framför allt såsom komparativ är det som, enligt min mening, den allmänna

rättsläran har att räkna på en framtid och en fortsatt utveckling såsom juridisk vetenskap.

De lagtextverk, som jag för dessa kapitel användt äro följande: Den Krueger'-Mommsen'ska äfvensom den Kriegel'ska editionen af Corpus iuris civilis, under jämförelse med de förjustinianska juristskrifterna enligt Krueger-Mommsen-Studemund, Collectio librorum iuris anteiustiniani (cit. Krueger-Studemund) såväl som Huschke, Iurisprudentiæ anteiustinianæ quæ supersunt, hvars konjekturer, äfven om icke alltid riktiga eller antagliga, dock städse hafva ett visst intresse. — För nyare tysk rätt föreligger i Achilles' Bürgerliches Gesetzbuch, 1899, en bekväm och genom sina noter vägledande handupplaga, som jag begagnat jämte Haidlen's Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, 1897, hvars öfversigtliga och trogna sammanfattningar och sammanställningar af motiven och förarbetena öfverflödiggjort ett direkt och tidsödande forskande i den officiella editionen af dessa — åtminstone med hänsyn till denna afhandlings syfte och uppgift. I tysk rätt har jag därjämte begagnat Rudorff's Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897, mit Erläuterungen, 1898. För österrikisk rätt är v. Schey's Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich, 1889 (i Manz's Taschenausgabe der oesterreichischen Gesetze) genom sina talrika hänvisningar till kompletterande lagar och till praxis en synnerligt god hjälpreda; det samma gäller om såväl Rivière, Hélie et Pont's Codes français et lois usuelles, som jag användt i en edition (utan tryckår), hvilken sträcker sig till 1883, äfvensom den större af Carpentier utgifna Codes et lois pour la France, 1899. I viss mån skulle naturligen de franska upplagorna af Code civil kunnat användas äfven med afseende å belgisk rätt, men skiljaktigheter finnas dock mellan den franska och belgiska civillagen; och jag har därför tillika begagnat De le Cour's Codes belges et lois usuelles, 1889. Beträffande öfriga romanska landslagstiftningar fann jag under arbetets fortgång oundgängligt att uppsöka grundtexterna å respektive originalspråk, men då jag ej tillräckligt känner dessa språk, har jag därjämte användt de merendels goda franska öfversättningar, som varit mig tillgängliga; samma omständighet har gjort, att jag i min afhandling upptagit såväl originaltexterna som de franska öfversättningarna — de senare i noter. Härvid hafva följande upplagor nyttjats: Jordens Burgerlijk Wetboek, derde druk met aanvulling tot Januari 1896, jämte Tripels, Les codes neerlandais, 1886; Gianzana, Codice civile, 1888

(i Collezione tascabile dei codici italiani) jämte Prudhomme, Code civil italien, 1896; Moreno, Código civil español, 1898 (i Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos), jämte Levé, Code civil espagnol, 1890; Codigo civil portuguez, sexta edição official, 1892, jämte Lepelletier, Code civil portugais, 1894. Utomdess har jag äfven, men endast i öfversättning, tagit kännedom om de sydromanska handelslagarne: Lehr, Code de commerce portugais, 1889; Prudhomme, Code de commerce espagnol, 1891, Turrel, Code de commerce italien, 1892. För schweizisk rätt har begagnats dels Wolf's på uppdrag af förbundsrådet utgifna Schweizerisches Rechtsbuch 1898, dels Schneider's textkommentar Das schweizerische Obligationenrecht, 1896, 1897.

Hvad angår anglikansk rätt, innehåller den af Whitley Stokes utgifna The Anglo-Indian Codes I: 1887, så att säga den engelska rättens resultat tillämpade å indiska förhållanden och måste därför naturligen med en viss försigtighet användas såsom källa för uppfattningen af engelsk common law, men får, då denna lagstiftning å andra sidan gett autoritativa uttryck åt den engelska rättsåskådningen, heller icke till sin betydelse i nämda afseende underskattas. Att emellertid endast genom den anglo-indiska lagstiftningen lära känna Englands rätt eller ens få en något så när riktig föreställnig därom, låter sig självfallet icke göra, utan jag har här sökt genom litteraturen komplettera den samma. Härvid har jag dels ur Blackstone's Commentaries on the Laws of England, ed. Kerr, 1857 (cit. Blackstone-Kerr, Commentaries) och Kent's Commentaries on american Law 1851 (cit. Kent, Americ. Law) såsom på en gång representativa och här tillgängliga arbeten med hänsyn till den äldre rättsutvecklingen, dels ur följande nyare arbeten hämtat stoffet till min framställning: Anson, Principles of the english law of contract, 1899, (cit. Anson, Principles) Pollock, Principles of contract, 1889 (cit. Pollock, Contracts), Leake, A digest of principles on the law of contracts, 1892 (cit. Leake, Digest), Benjamin's Treatise on the law of sale of personal property, ed. Bennett, with american notes, 1892 (cit. Benjamin, Sale); äfvensom olika artiklar i Encyclopædia of the Laws of England och Encyclopædia Brittannica (se förkortningsregistret), samt framställningarna hos Munch-Petersen, Loftet og dets Causa, 1896, och Hartmann, Grundprincipien der Praxis des englisch-amerikanischen Vertragsrechts gegenüber der deutschen gemeinrechtlichen Vertragsdoctrin i Archiv für civilistische Praxis 1891.

Den öfriga litteratur, som särskildt till andra och tredje kapitlet blifvit begagnad, delvis jämte den ofvan vid första kapitlet omnämda, består med afseende å romersk rätt hufvudsakligen af följande arbeten: Pernice, Labeo, 1873—92, Pernice, Parerga III, Zur Vertragslehre der römischen Juristen i Savignystiftelsens Zeitschrift 1888, Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, 1892, 93, Exner's Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, 1867 (cit. Exner, Tradition), Leonhard, Der Irrthum 1882, 83, v. Ihering, Geist des römischen Rechts (I, II: 1, 2 i 5:te upplagan 1891—99 och III i 4:de uppl. 1888), Kuntze, Die Obligationen, 1886, Fritze's In welcher Weise wirkt bei unvollendeten Willenserklärungen, die an einem Abwesenden gerichtet sind, der einseitige Widerruf, der Tod und der Verlust der Handlungsfähigkeit ihres Urhebers? 1896 (äfven utg. såsom diss.; cit. Fritze, Unvollend. Willenserklär.) — Till den nyare rätten åter äro att hänföra Demolombe's Cours de Code civil, som citerats efter del och nummer i det franska verket, ehuru den upplaga, som varit mig tillgänglig, är den belgiska af 1863—82 (T. IX ff.) hvilken emellertid upptagit äfven det franska verkets indelning vid sidan af sin egen, (cit. Demolombe, Cours), Zachariæ v. Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, herausg. v. Dreyer 1886 (cit. Zachariæ-Dreyer, Franz. Civilrecht), Lyon-Caen et Renault, Manuel de droit commercial, 1891, Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 1889 (afser kantonallagstiftningen, cit. Huber, System), m. fl.

Den litteratur, som sålunda användts, har till en ej obetydlig del erhållits genom förmedling af härvarande universitetsbibliotek, hvarför jag härmed uttalar min tacksägelse. Likaså har jag att tacksamt erkänna den hjälp vid korrekturläsningen af andra kapitlet, som kommit mig till del från docenten Vilh. Lundströms sida, och bör jag på samma gång påpeka, att om formen och sättet för återgifvandet af de romerska källcitaten kanske icke är ur språkvetenskaplig synpunkt alldeles exakt, detta beror därpå, att jag i första rummet velat följa det i den använda editionen af Corpus iuris begagnade återgifningssättet.

Till sist må jag ock framhålla, att då föreliggande afhandling måst vara färdig till en viss bestämd dag, i följd häraf särskildt de sista afdelningarna icke hunnit genomgå den ytterligare granskning och öfverarbetning, som jag själf skulle både för formens och för sammanhangets skull önskat, ehuru en sådan ur innehållssyn-

punkt icke synts mig nödvändig. Till afhandlingen skulle ock egentligen hafva hört ett fjärde kapitel om aftalet i den privatinternationella utländska rätten; utelämnandet däraf torde emellertid icke inverka på sammanhanget i afhandlingen sådan den nu föreligger. Och kapitlet skall, såsom jag hoppas, inom kort i allt fall blifva i tryck tillgängligt.

Upsala den 10 September 1900.

C. A. Reuterskiöld.

Använda förkortningar:

a) tidskrifter och sammelverk:

Ar. f. bürg. R. = Archiv für bürgerliches Recht, Berlin.

Ar. f. civ. Pr. = Archiv für die civilistische Praxis, Freiburg u. Leipzig.

Böhm's Zt. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, herausg. v. F. Böhm, Leipzig.

Clunet's Journal = Journal du droit international privé, publié par E. Clunet, Paris.

Encycl. Britt. = The Encyclopædia Brittanica. Vol. VI (1878).

Encycl. of Engl. Laws = Encyclopædia of the Laws of England, (ed. Wood Renton) London and Edinburg, Vol. I, III (1897).

Grünh. Zt. = Zeitschrift für das Privat- und oeffentliche Recht der Gegenwart, herausg. v. C. S. Grünhut, Wien.

Jb. f. D. = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes (jämte dess fortsättningar under titeln Iherings Jahrbücher etc.), Jena.

Krit. V. J. S. = Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, München.

N. R. T. = Norsk Retstidende, Christiania.

T. f. R. = Tidsskrift for Retsvidenskab, Christiania.

Zt. f. H. = Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Erlangen (senare: Stuttgart).

Zt. d. Sav. (Rom. Abth.) = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abtheilung, Weimar.

U. f. R. = Ugeskrift for Retsvaesen, Kjøbenhavn.

Anm. Uppsatser citeras med författarens namn, ofvanstående resp. förkortningar samt volymens år- eller ordningstal.

b) gällande utländska lagar:

Bel. C. civ. = den belgiska Code civil ou Napoléon (af 3 Sept. 1807).

D. och N. L. = Kong Cristian den femtis danske och norske Lov.

Fr. C. civ. = den franska Code civil ou Napoléon (af 1804 etc.).

Fr. C. de com. = den franska Code de commerce (af 1807 etc.).

Ind. C. A. = The Indian Contract Act (af 25 April 1872)

It. C. civ. = den italienska Codice civile (af 25 Juni 1865).

It. Disp. gen. = Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale (till den italienska Codice civile).

It. C. di com. = den italienska Codice di commercio (af 31 okt. 1882).

Ned. B. W. B. = den nederländska Burgerlijk Wetboek (af 1832 ff.).

Ned. Algem. bep. = den nederländska lagen af 15 Maj 1829 om allmänna föreskrifter (algemeene bepalingen) rörande lagstiftningen.

Port. C. civ. = den portugisiska Codigo Civil (af 1 Juli 1867).

Schw. B. O. R. = den schweiziska Bundesgesetz über das Obligationenrecht (af 14 Juni [Brachmonat] 1881).

Sp. C. civ. = den spanska Código civil (af 24 Juli 1889).

Ty. B. G. B. = den tyska Bürgerliches Gesetzbuch (af 18 Aug. 1896).

Öst. A. B. G. = den österrikiska Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (af 1 Juni 1811).

Innehåll:

Sid.

Inledning: om källor och litteratur samt afhandlingens plan I—XIV.
Använda förkortningar . . . . . XV—XVI.
Innehållsförteckning . . . . . XVII—XX.

I. **Aftalslärans teoretiska grundläggning:** 1. *Viljeteorien* och dess granskning genom Schlossmann och Nordling s. 1. — 2. *Viljeförklaringsteorier*: s. 6; N. Lassen's »Sandheds»-teori s. 7; Goos-Aagesen's tillitsteori s. 9; Nordling's intresseteori s. 10; resultat s. 11. — 3. *Rättshandlings- och aftalsbegreppen*: privatviljan och rättsverkningarna s. 13; rättshandling och rättsärende i allmänhet s. 14; rättshandling i inskränkt mening s. 17; rättsärende och kollektivhandlingar s. 18; rättsärende och samförstånd s. 19; rättsärendens indelning s. 20; aftalsbegreppet s. 21; schema öfver aftal s. 24. — 4. *Anbud och antagande:* »Løfte»-teorier s. 25; den tyska riktningen s. 26; den danska riktningen s. 30; anbudets betydelse s. 32; antagandets betydelse s. 35; handelsoffert s. 36. — 5. *Samtycke och tillbindande:* det vanliga consensusbegreppet s. 37; samtyckets verkliga betydelse s. 38. — 6. *Aftalsperfektion:* allmänna grundsatser s. 41; svarshandlingen reglerad genom privatdisposition s. 43; svarshandlingen i motsatt fall: inter præsentes s. 45; inter absentes per telefon s. 46; per nuntium s. 46; per litteras s. 48; per telegram s. 50; sammanfattning, dispositionsteorien s. 51. . . . . 1—51.

II. **Aftalet i den romerska rätten:** 7. *Inledning:* aftalets rättsverkningar s. 52; aftalsbegreppet enligt l. 1 D. 2. 14 s 53; pactum nudum och samförstånd s. 56; pactum och pollicitatio s. 57. — 8. *Aftalet och öfverlåtelse-*

ärenden: rätt och makt s. 57; tradition och nudum pactum s. 58; tradition och iusta causa s. 59; iactus missilium ej aftal s. 60; tradition vid gåfva ej aftal s. 62; pacta conventa vid tradition s. 64; aftal såsom iusta causa för tradition har icke öfverlåtelseverkan s. 65. — 9. *Aftalet och upplåtelseärenden:* prekär upplåtelse s. 67; upplåtelse pactionibus et stipulationibus? s. 69; sammanfattning s. 74. — 10. *Aftal och frisägelseärenden:* i allmänhet s. 75; acceptilatio ej aftal s. 76; contrarius dissensus s. 77; pacta de non petendo s. 79; compensatio s. 80; novatio s. 81. — 11. *Kosensualaftal:* betydelsen af consensus s. 83; exemplifikation s. 85; sammanfattning s. 88. — 12. *Stipulation:* utfästelse s 89; stipulationen såsom aftal s. 91. — 13. *Real- och innominataftal:* res s. 96; exemplifikation s. 97; innominataftalens aftalskarakter s. 99; samtycke och antagande i romersk rätt s. 100. — 14. *Aftal inter absentes:* exempel s. 103; när är aftalet perfekt? s. 105; faran af alltför utsträckt anlalogisering s. 108; tolkning af några oftare använda källcitat s. 109; anbudsåterkallelse s. 111; bref och skriftlig form s. 113; anbud och mandat s. 116; resultat s. 116. . . . . 52 117

III. Aftalet i gällande utländsk landslagstiftning: 15. *Aftal och utfästelse:* principfrågan s. 118; obligationers uppkomst enligt fransk rätt s. 120; enligt schweizisk, österrikisk och nytysk rätt (stiftelse, innehafvarepapper, Auslobung) s. 122; enligt anglikansk rätt (executed and executory gifts, consideration, deeds) s. 125. — 16. *Aftalsbegreppet:* lagstiftningarnas terminologi s. 127; den franska rättens aftal (le consentement) s. 128; annan romansk rätt s. 131; anglikansk rätt (agreements och contracts) s. 133; österrikisk rätt (Vertrag, Versprechen) s. 136; schweizisk rätt (verkligt och fingeradt Vertrag) s. 138; den tyska rätten jämförd med den schweiziska s. 140. — 17. *Anbudet:* anbudets rättsverkningar i allmänhet s. 141; dess betydelse och återkallelighet i romansk rätt s. 142; verkan af anbudsgifvarens död s. 145; anbudets rättsverkan enligt österrikisk rätt s. 146; innebörden af återkallelighet hos anbudet med särskildt afseende å schweizisk och tysk rätt s. 147, samt de lege ferenda s. 151; anbudet i engelsk rätt s. 152.

18. *Antagandet:* dess allmänna betydelse s. 153; verkan af dispositivt bestämd väntetid s. 154; legal betänketid och dess längd s. 155; aftalets perfektionsmoment enligt österrikisk rätt s. 157; enligt tysk rätt s. 158; notificeringsplikt vid försenad framkomst s. 160; perfektion af aftalet och rättsförhållandet enligt schweizisk rätt s. 161; den romanska rätten och förnimmelseteorien s. 163; den anglikanska rätten och dispositionsteorien s. 164; öfverensstämmelse mellan anbud och antagande enligt engelsk rätt s. 166; väntetidens beräkning s. 166; om svaret går förloradt s. 167. — 19. *Form och förhandlingar:* i allmänhet s. 167; perfektion af legaliter formfordrande aftal s. 168; af aftal med privatdispositiv form s. 169; bevisform och kautelarjurisprudens s. 170; samförstånd eller pactum de contrahendo? s. 171; förberedande öfverenskommelser enligt österrikisk och schweizisk rätt s. 172; annorlunda enligt tysk rätt s. 174; engelska formalities s. 175. — 20. *Den danska rättens princip:* »Løfteteori» eller kontraktsteori? s. 176; betydelsen af orden lovet og indgaaet s. 177; Løftet såsom samtycke och antagande s. 180; — 21. *Aftal och gåfva:* i allmänhet s. 180; den franska rättens ställning oviss s. 181; den italienska och spanska rättens gåfvoinstitut s. 183; enligt portugisisk och nederländsk rätt är gåfva aftal s. 184; schweizisk rätt s. 186; aftal om gåfva i österrikisk och tysk rätt s. 187; rättshandlingarne vid gåfvoaftal s. 189; engelska »gifts» s. 189. — 22. *Aftal samt upp- och öfverlåtelseärenden:* engelska executed and executory contracts s. 190; the sale of goods och the agreement to sell s. 192; betydelsen af öfverenskommelse om öfverlåtelse och dess verkningar s. 194; alienation by deed och covenants s. 195; nytyska Verträge samt dingliche und obligatorische Rechtsgeschäfte s. 197; die Einigung, tradition och aftal s. 198; österrikisk rätt (titel och modus acquirendi) s. 200. — 23. *Fortsättning:* aftalet en lex privata i romansk rätt s. 201; tolkning af Fr. C. civ. art. 1138 s. 202; italiensk rätt s. 204; den romanska principen längst genomförd i portugisisk rätt s. 206; i spansk och nederländsk rätt tradition nödvändig s. 208; schweizisk rätt s. 211. — 24. *Aftalet*

och frisägelser: den franska rättens grundsatser, novation och subrogation s. 213; remise volontaire s. 214; renonciation s. 215; österrikisk och schweizisk rätt s. 216; tyska Erlassverträge s. 217; tyska frisägelser rörande sakrätt s. 218; engelska covenants not to sue och releases s. 219. — Sammanfattning och återblick s. 220. . . . . 118—221.

I.

ALLMÄNNA RÄTTSGRUNDSATSER
OCH
FRÄMMANDE RÄTT.

I.

Aftalslärans teoretiska grundläggning.

1.

I det moderna samhället, där grundsatsen om privat egande-rätt till saker, detta ord taget i sin allra vidsträcktaste betydelse af rättsgodt, utgör en hörnsten för privaträttsordningen[1], måste det åtminstone inom vissa gränser stå de enskilde fritt att efter behag förfoga öfver sin egendom och förmögenhet och att med afseende å denna, om de så vilja, träda i förbindelse och vexelverkan med andra och därvid äfven själfva ordna sitt mellanhafvande med och sitt förhållande till dessa. Och äfven om lagen vid deras viljeförklaringar eller i allmänhet deras handlingar skulle hafva knutit rättsverkningar, dem de icke velat eller icke åsyftat eller måhända ej ens kunnat vilja eller åsyfta, så ligger det dock under sådana omständigheter synnerligen nära att i individernas eller i allmänhet de handlande rättssubjektens privatautonomi och vilja eller afsigt söka den yttersta grunden därtill, att deras viljeförklaringar[2] blifva rättsligen gällande och verksamma. Binder man sålunda strängt »den rätt, en person vid en viss tidpunkt eger, vid honom såsom viljeväsen»[3], kommer man konsekvent till en på ett eller annat sätt formulerad, eller måhända äfven modificerad, viljeteori såsom innehållande den riktiga förklaringen till dessa företeelser inom rättslifvet.

---

[1] Riktigt erkändt redan af Nehrman, Inledning til then svenska jurisprudentiam civilem 1729 s. 93 § 1.

[2] Att viljeförklaringen icke nödvändigtvis måste uttryckas i talade eller tecknade ord, utan äfven kan gifvas genom konkludenta handlingar, torde blott behöfva påpekas; det senare uttrycket torde vara lämpligare än det lätt vilseledande »tyst viljeförklaring»; jfr Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung s. 12—27, Maag, Vertragsschluss s. 47.

[3] Jfr Nordling, Allm. Del. s. 180.

Emellertid följer icke principielt däraf, att en viljeförklaring är nödvändig för en rättsförändrings möjliggörande och inträde, äfven vare sig att därför öfverensstämmelse mellan viljeförklaringen och den däri uttryckta viljan vore nödvändig[1], eller att rättsförändringen skulle förutsätta viljeförklaringens fortfarande vidhållande eller i allt fall icke återkallande, hvilket dock vore oundvikligt, därest den fria privatviljan vore grund till privatviljeförklaringens rättsliga verkan[2]. Ej heller hafva viljeteoriens anhängare, såsom ock af bl. a. Schlossmann och efter honom Nordling visats, varit i stånd att konsekvent genomföra sina åsigter[3], och man lärer därför kunna med Schlossmann[4] säga, att »sobald es feststeht, dass in irgend einem Falle, wo aus einem sog. obligatorischen Vertrage eine Obligation entsteht, ohne dass der entsprechende Wille bei dem Verpflichteten vorhanden ist, steht zugleich auch fest, dass in keinem 'obligatorischen Vertrage' der Wille des Obligirten der zureichende Grund für die Annahme einer Verbindlichkeit sein kann».

Tänkbart vore dock, att äfven om en enkelvilja sålunda icke kunde vara grund för viljeförklaringens giltighet och verkan, en samvilja skulle kunna så vara. Nordlings invändning häremot[5], att om samviljan uppkommit genom förening i en viss punkt af

---

[1] En annan fråga blir, i hvad mån en sådan öfverensstämmelse möjligen måste fordras för att en handling skall kunna såsom viljeförklaring anses och behandlas, eller med andra ord, huru viljeförklaringen bör definieras. Är emellertid viljeförklaringen det rättsligen relevanta faktum, så behöfver dess giltighet, så framt och så snart detta faktum i enlighet med rättens anvisningar konstaterats, icke bero af eller grundas på viljan såsom därifrån skild.

[2] Jfr Nordling, Allm. Del. s. 176, Schlossmann, Vertrag s. 90.

[3] Schlossmann, Vertrag s. 100—128; Nordling, Allm. Del. s. 179 ff., jfr ock N. Lassen, Villien, s. 10 ff, 14 ff, som särskildt betonat, att viljeteorien endast med fiktionens hjälp kan genomföras.

[4] Schlossmann, Vertrag s. 102. Schlossmann's framställning och kritik gäller visserligen närmast blott obligatoriska aftal, och själf anser han den giltig endast rörande dessa; i själfva verket är det dock i alla de af honom sid. 92 ff anförda fall i grunden mindre den verkliga viljan än den såsom giltig erkända viljeförklaringen, hvilken utgör grunden för rättsverkan, äfven om dess öfverensstämmelse med viljan antages. Att någon skilnad här icke föreligger har, från viljeteoriens ståndpunkt, Zitelmann i *Jb. f. D.* XVI: 387 ff. med rätta påpekat. Hvarför åter viljeförklaringen medför rättsverkningar, det beror här af samma skäl som i fråga om de obligatoriska aftalen, icke af den handlandes vilja i och för sig. Så till vida synes därför ock Schlossmann's kritik s. 84 mot Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Diss. Rostock, 1874, vara förfelad.

[5] Nordling, Allm. Del. s. 178.

enkelviljor i deras egenskap af fria, samviljan ej heller kan bestå såsom samvilja utan måste upphöra, så snart någon af enkelviljorna med afseende på den i fråga varande punkten ändrar sig, är visserligen i och för sig riktig, men torde icke på saken inverka, alldenstund det icke enligt viljeteorien, eller åtminstone dess flesta anhängares åsigt, är viljan själf, som omedelbart medför den afsedda rättsverkan, utan *vilje*förklaringen, och klart tyckes vara, att en samviljeförklaring väl förutsätter en samvilja i förklaringens ögonblick, men lika litet som en enkelviljeförklaring upphäfves allenast genom en inre viljeändring utan först genom en ny viljeförklaring: om alltså samviljan, såsom naturligt är, efter afgifvandet af den första förklaringen upphör, därigenom att enkelviljorna icke längre rikta sig och förenas på den ifrågavarande punkten, och än mer om någon af enkelviljorna ändrar sig eller t. o. m. erhåller uttryck för denna riktningsändring, så kan detta dock omöjligen upphäfva *sam*viljeförklaringen, hvilken kvarstår ända till dess den genom en ny förening af samma enkelviljor till samvilja upphör i följd af en ny *sam*viljeförklaring[1]. Detta hindrar dock ej, att om å andra sidan förhållandet mellan samviljan och samviljeförklaringen bör tänkas på alldeles samma sätt som förhållandet mellan enkelviljan och enkelviljeförklaringen — och något skäl för ett annat antagande kan jag ej inse finnas, helst äfven här parterna kunna hafva hvar sin särskilda uppfattning af den gemensamma samviljan såsom eljes af motpartens enkelvilja — så gäller uppenbarligen äfven om det förra hvad ofvan sagts om det senare, och samviljan kan följaktligen lika litet som enkelviljan vara grunden till den af viljeförklaringen följande bundenheten, i det att öfverensstämmelse mellan samviljeförklaringen och samviljan icke kan vara mera nödvändig än mellan enkelviljeförklaringen och enkelviljan.

Att med Schlossmann i en dylik samvilja blott se ett uttryck för »juristischer Mystik» eller i läran därom finna en tro »an die Zweieinigkeit der Willen», hvilken undandrager sig vetenskaplig kritik[2], synes mig endast vara ett sätt att med klingande fraser eller slagord söka kringgå frågan, enär en dylik »tvåenighet» i sig alldeles icke innebär någon större orimlighet, än den som i så fall faktiskt förefinnes i de på olika sätt verksamma organviljorna för ett samhälle eller en förening. Schlossmann förnekar visserligen

[1] Jfr Zitelmann i *Jb. f. D.* XVI: 390 ff.

[2] Schlossmann, Vertrag, s. 87.

denna likhets existens, liksom möjligheten af och det berättigade i den uppfattning, hvilken i sådana uttryck af en samaflåtelsevilja, dem man kan kalla aftal, ser »eine gemeinschaftliche autonome Normirung der Rechtsverhältnisse der Contrahenten», eller »ein von diesen, ähnlich wie von einer beschlussfassenden Versammlung, promulgirtes Gesetz in Betreff ihrer Privatverhältnisse»; men hans skäl härför kunna knappast anses hållbara[1]. Den privata samviljan är nämligen väl ingen enhetlig vilja såsom organviljan, utan snarast blott två sammanlöpande enkelviljor, men till det yttre bildas organviljan på samma sätt och dess enhetlighet blir därför i grunden minst lika mystisk som den privata samviljans »tvåenighet». Och hvad angår motiven till och utgångspunkten för den allmänna lagstiftnings- och den privata aflåtelseverksamheten, så medför skilnaden ej heller någon jämförelseomöjlighet, i det att de beslutandes motiv i ena som andra fallet äro likgiltiga, men deras uppgifter i själfva verket likartade. Om man än kan säga, att lagstiftaren bör hafva »Förderung des Wohles Aller», och att de enskilde kontrahenterna hafva »Förderung des eigenen Nutzens» till mål, så inverkar det likväl icke på resultatet, om i något fall så icke skedde. Resultatet blir i ena fallet en lex publica afsedd att reglera och utgöra norm för det rättsliga bedömandet och bestämmandet af ett flertal likartade fall, i det andra en lex privata för ett särskildt mer eller mindre sammansatt fall: privatviljeförklaringen såsom rättsbildande och lagen synas mig till sin natur vara väsentligen likartade[2]. Den sekundärrättsbildning, som sålunda genom rättsärendet åvägabringas[3], kan emellertid icke sägas blifva gällande, därför att den öfverensstämmer med de handlande enskildes verkliga enkelviljor eller med deras samvilja, utan den blir det, därför att den behörigen förklarats såsom norm och därför att lagen bemyndigat till afgifvandet af en sådan förklaring[4]. Hvarför lagen så gjort, blir en annan fråga, hvars besvarande — bortsedt

[1] Schlossmann, Vertrag ss. 91, 92.

[2] Jfr Reuterskiöld, Kritik och Motkritik, s. 63.

[3] Jfr Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung s. 76 ff.

[4] Från denna synpunkt kunde det därför vara tänkbart att samhället af hänsyn till samviljeförklaringens innehåll ville medverka till dess realiserande; likaså vore från samma synpunkt tänkbart, att privatsamviljan i och för sig såsom lagligen verksam och såsom icke ändrad annat än genom en ny samviljeförklaring lika väl kunde kräfva statens skydd som en allmän lag; jfr häremot Schlossmann, Vertrag s. 89.

därifrån, att om lagens bud städse kan gälla regeln: stat pro ratione voluntas — sammanhänger med den, hvarför öfver hufvud en viljeförklaring bör anses juridiskt verksam, en fråga, som i det följande vidare skall utvecklas: här har det blott gält att påvisa viljeteoriens oförmåga att lämna en riktig lösning af spörsmålet.

Denna dess oförmåga torde ock af det nu, i hufvudsaklig anslutning till Schlossmann och Nordling, sagda med full tydlighet framgå liksom den ytterligare bekräftas af den kritiska framställning af viljedogmats uppkomst, som likaledes af Schlossmann gifvits[1] och hvars riktighet i detta hänseende icke förminskas däraf, att Schlossmann's anmärkningar mot begreppet »Rechtsgeschäft» äro grundade endast under förutsättning af en, i sig icke nödvändig men från viljeteoriens ståndpunkt oundviklig, sammanblandning af vilja och viljeförklaring. Men därför att privatviljan sålunda icke kan utgöra tillräcklig grund för viljeförklaringens rättsverkan, är det alldeles icke sagdt, att den samma saknar all betydelse för denna verkans inträde. Tvärtom är klart, att om viljeförklaringen skall göra skäl för sitt namn, den äfven måste vara eller åtminstone objektive kunna uppfattas såsom ett uttryck för en verklig vilja[2], och här är det som rätten kan och bör taga denna vilja i betraktande, så att endast den handling, hvilken uppfyller af lagen uppställda fordringar med afseende å dess uppfattbara förhållande till den i den samma verkande viljan, blir att betrakta såsom viljeförklaring med rättslig relevans, möjligen olika i olika fall[3]. Med andra ord, viljeförklaringen blir en viljeförklaring af visst innehåll, emedan den står i visst förhållande till viljan, men den medför vissa rättsverkningar, emedan den är en viljeförklaring och emedan lagen af något skäl, men oberoende om än med beaktande af den till grund för viljeförklaringen liggande privatviljans fria bestämmanderätt, tillagt dylika viljeförklaringar dylika verkningar; rättsändringen inträder icke, blott därför att jag vill, hvad min förklaring innebär, men jag har måhända velat denna, därför att jag önskar en viss förändrings inträde och vet den blifva en följd af samma förklaring[4]. Förbises, såsom lätt sker, denna skilnad, så framstår onekligen

[1] Schlossmann, Vertrag s. 129 ff.

[2] Eljes blefve såsom Dernburg, Pandekten I: 230, anmärkt, slumpen satt till herre »statt planmässiger Gestaltung».

[3] Jfr Bekker, System II: 54 ff.

[4] Jfr Kohler i *Jb. f. D.* XVI: 327 ff.

viljeteorien, trots sina inkonsekvenser, såsom nödvändig, och detta kan — oafsedt Windscheid's auktoritet[1] — möjligen förklara, att den samma alltfort plägar anges såsom den herrskande läran[2].

2.

De brister, som vidlåda viljeteorien, hafva emellertid medfört, att flere författare sökt äfven från en annan synpunkt betrakta och därigenom bättre förklara frågan om grunden för viljeförklaringars rättsliga verkningar. Dessa försök kunna lämpligen sammanfattas under namnet viljeuttrycks- eller viljeförklaringsteorier, så till vida som viljeförklaringen här städse anges såsom det i stället för viljan afgörande[3], men ock, såsom oftast sker, betecknas såsom tillitsteorier[4], i det att deras framställare, om än i olika formulering, betona den för samfärdselns säkerhet nödvändiga tilliten till ett gifvet ord och en afgifven förklaring såsom afgörande[5]. En viljeförklaringsteori behöfver dock näppeligen alltid vara en tillitsteori, om än må erkännas, att hittills så mestadels förhållit sig, och att under sådana omständigheter beteckningen tillitsteori kan vara ändamålsenlig, då den tvifvelsutan säger mera redan genom sitt namn än »Erklärungstheori».

Inom den nordiska rättsvetenskapen har denna åsigt vunnit flere anhängare. Särskildt må här nämnas Goos, Jul. Lassen och

[1] Jfr särskildt Windscheid, Wille und Willenserklärung (Progr. Leipz. 1878 äfven) i *Ar. f. civ. Pr.* LXIII: 72 ff.

[2] Se hos Dernburg, Pandekten I: 230 Note 2.

[3] Jfr Bekker, System II: 56—63: »Erklärungstheori».

[4] Jfr Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 114.

[5] Regelsberger, Erörterungen I: 17: »hier verlangt die Sicherkeit des Verkehrs, dass jeder Theil auf die vom Gegner gebrauchten Worte bauen könne, dass er in seiner Erwartung nicht getäuscht werde durch den Nachweis eines andern Willens als derjenige ist, welcher von ihm verständiger Weise aus der Aeusserung entnommen werden durfte»; jfr ock densammes formulering, anf. st. sid. 20. — Schlossmann, Vertrag s. 306 ff. ser däremot grunden till viljeförklaringens rättsverkan i »die Erfahrung, dass die wechselseitige Abhängigkeit, und die Besorgniss, durch eigene Unzuverlässigkeit sich auch die Hülfe Anderer zu verscherzen», hvilken föranledt människorna »die Wahrhaftigkeit sich zur Maxime zu machen», till följd hvaraf en hvar måste innestå för all den skada, som genom hans förhållande och skuld (: alltså äfven genom att en hans utfästelse icke blifvit fullgjord) tillfogats löftestagarens förmögenhet (till följd t. o. m. af »getäuschtes Erwarten»).

N. Lassen såsom hvar för sig representerande olika skiftningar inom den samma[1].

Den sistnämdes teori går därpå ut, att »den, der udtaler en retlig Villieserklæring, er forpligtet til at indestaa for dens Sandhed» och närmare bestämdt, att »den Erklærende maa ubetinget indestaa for, at der til Erklæringen, saaledes som den i det kritiske Moment fremtræder, korresponderer den Villie, om hvis Existents Tilbudet melder». Häremot kan emellertid först och främst invändas, — aflåtarens förpligtelse till sanningsenlighet tills vidare antagen — att teorien i sig är motsägande och inkonsekvent, liksom den i själfva verket endast synes vara en så att säga bakvänd viljeteori, trots den polemik som inledningsvis af N. Lassen framstälts mot försöken att, där ingen verklig vilja finnes, likväl antaga eller fingera en sådan[2]. Under det nämligen viljeteorien fordrar, att viljeförklaringen skall öfverensstämma med viljan, fordrar däremot »Sandheds»-teorien, att viljan skall vara sådan, som uttrycket anger, hvarjämte den ålägger viljeförklaringens aflåtare en ovilkorlig ansvarspligt med afseende på denna öfverensstämmelses verklighet. Ett dylikt juridiskt ansvar kan emellertid icke erkännas såsom möjligt annat än under förutsättning, att den ifrågavarande öfverensstämmelsen utgör ett för viljeförklaringens afsedda rättsverkan väsentligt och alltså nödvändigt moment, enär svårligen någon kan anses rättsligen skyldig att innestå för tillvaron af något, hvars tillvaro icke är rättsligen nödvändig för en annans rätt, d. v. s. som kan utan mehn för dennes rätt saknas. Är åter öfverensstämmelsen nödvändig, så följer omedelbart häraf, att äfven denna teori såsom yttersta princip postulerar den konkreta, subjektiva viljan. Saknas denna nödvändiga öfverensstämmelse, inträder pligten för aflåtaren att därför bära ansvaret, alldenstund bristen måste anses bero på ett hans felaktiga förhållande. Ansvarets omfång kan därvid bestämmas på två sätt. »Enten kunne vi behandle den Paagjældende efter hans Erklærings Ordlyd (positiv Kontraktsinteresse), eller vi kunne forpligte ham til at erstatte de Tab, Modparten lider ved Handlinger, foretagne i Tillid til Kontraktens Istandkommen (negativ Kontraktsinteresse)». Väljer man, såsom N. Lassen gjort, den första af dessa möjligheter

[1] Goos, Alm. Retslære I: 220 ff. Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 105 ff, Haandbog I: 25, jfr äfven Aagesen, Rom. Ret I: 194 ff, 205 ff. Indledning s. 33 ff; N. Lassen, Vilien s. 31 ff., 92 ff.

[2] N. Lassen, Villien s. 1—13.

såsom den riktigaste, så inträder alltså det märkliga förhållande, att viljeförklaringen medför den afsedda rättsverkan på grund af ansvaret för dess sanningsenlighet och enär den icke är sanningsenlig, d. v. s. trots det att en väsentlig förutsättning saknas, i det att viljan icke företer den med viljeförklaringen för dess rättsverkan nyss såsom förutsättning postulerade nödvändiga öfverensstämmelsen. Med andra ord, nödvändigheten af öfverensstämmelse medför ansvarspligt, men ansvarspligten gör nämda öfverensstämmelse öfverflödig och upphäfver därmed sin egen grund och förutsättning. Icke bättre ställer sig saken, om man väljer den andra utvägen, enär rättsföljden i detta fall icke blir, att viljeförklaringen erhölle den därmed afsedda rättsverkan, ehuru den nödvändiga förutsättningen, öfverensstämmelse med viljan, saknades, utan tvärtom att denna verkan icke inträder, ehuru teorien just gick ut på att förklara och uppvisa detta inträdande, viljans frånvaro till trots: ansvaret utmynnar här i en skadeståndspligt, som blott afser det s. k. negativa intresset[1].

Själf har N. Lassen naturligen icke velat grunda rätten till viljeförklaringens innehåll på nödvändigheten af en dylik öfverensstämmelse, men detta lärer i allt fall från hans ståndpunkt blifva logiskt oundgängligt, och han har heller icke kunnat uppvisa någon som helst annan grund, utan nöjt sig med »en Henvisning til Nødvendigheden af, at man i Samhandlen maa kunne stole

[1] Jfr Zitelmann's kritik i *Jb. f. D.* XVI: 417 ff. Då Schlossmann, Vertrag s. 311 ff. söker på förhand bryta udden af den invändning, att enligt hans (med N. Lassen's beslägtade) teori aflåtarens förpligtelse icke bestode »in Erfüllung des Versprechens sondern in Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung», därmed, att »damit wäre aber in Wahrheit nichts Erhebliches eingewendet, weil Erfüllung und Schadensersatz mit einander sich sehr wohl vertragen», så må häremot erinras, att äfven om man, såsom i så fall vore nödvändigt, medgåfve, att hvarje sviken förväntan i och för sig vore att räkna som »Vermögensverletzung», skadeståndet för denna ingalunda alltid borde sammanfalla eller vara lika med »Erfüllung des Versprechens», alldenstund, såsom Schlossmann själf sid. 294 ff utfört, ersättningskrafvet måste bedömas efter de förhandenvarande omständigheterna och sålunda aldrig kan omfatta mer än hvad en ärlig och omtänksam man under lika förhållanden skulle anse sig berättigad att fordra, men detta åter beror af den större eller mindre sannolikheten för en icke-uppfyllelse, eller såsom Schlossmann, sid. 307, säger: »in mein Vermögensverzeichniss nehme ich die mir versprochene Leistung als einen mir gehörigen Werth auf; *freilich nicht immer nach ihrem Nominalbetrage*, sondern ganz ebenso wie bei der Erntehoffnung, *nach einer Schätzung der für die Erfüllung der Hoffnung bestehenden Chancen*».

paa hinandens Ord». Så till vida sammanfaller därför hans uppfattning med den af Aagesen, Jul. Lassen och Goos uttalade, att verksamheten af aflåtarens viljeförklaring beror af en särskild, inom förmögenhetsrätten i många och vigtiga fall gällande »Retsprincip, nemlig at Tro og Love bør holdes, at den i Henhold til et Løfte vakte, begrundede Forventning om dets Opfyldelse bør beskyttes» (Goos). Hvad därför i detta afseende kan invändas mot den ena, gäller ock mot den andra.

Först och främst bör med Zitelmann[1] härvid erinras, hvad Goos själf medgifvit, att en dylik tillitsprincip alldeles icke kan proklameras såsom allmängiltig, och sålunda på sin höjd endast kan tjäna som grund för en specialteori till nödtorftig förklaring af ett särskildt rättsinstitut, lösryckt ur sitt allmänna sammanhang. Men, oafsedt detta, är tillitsprincipen i denna form mera en moralisk än egentligen en rättsprincip[2]. Mitt sedliga medvetande säger mig måhända, att tro och lofven böra hållas; min erfarenhet åter säger, att i verkligheten är det ingalunda så helt med denna pligts uppfyllande. Nu kan visserligen tänkas, och utan tvifvel på goda grunder, att rättsordningen, hvilken utgör ett autorativt uttryck för samhällets vilja med afseende på reglerandet af det yttre samlifvet mellan människor[3], under hänvisning till denna erfarenhet träder hjälpande emellan och därför tillägger viljeförklaringen ipso iure samma verkan som den skulle haft, därest det moraliska pligtbudet om tro och lofven varit fullt effektivt. Men svårligen kan påstås, att detta skett, vare sig emedan eller på det att nämda moraliska bud skulle uppfyllas. Vore det nämligen samhällets vilja, att hållandet af tro och lofven med samhällets hjälp genomdrefves och att budet därom i och för sig vore af den sociala betydelse, att dess strikta förverkligande kräfde samhällets skydd, så funnes alldeles ingen anledning att inskränka skyddet till vissa förmögenhetsrättsliga företeelser, utan borde det då omfatta *alla* i privatlifvet förekommande viljeförklaringar — något som hvarken de lege lata så förhåller sig eller de lege ferenda vore att önska.

Och å andra sidan, om samhället blott vill, att »den i Henhold til et Løfte *vakte*, *begrundede Forventning* om dets Opfyl-

[1] Zitelmann i *Jb. f. D.* XVI: 416.

[2] Jfr härom Nordling, Allm. Del., s. 223, noten.

[3] Reuterskiöld, Rechtsauslegung, s. 51 ff. Jfr ock min Kritik och Motkritik, s. 48 ff., 52 ff.

delse bør beskyttes», så snart förmögenhetsrättsliga intressen däraf bero, så borde naturligen principielt in casu pröfvas och undersökas, i hvad mån och huru vidt en dylik »Forventning» verkligen blifvit väckt. Ty klart är, att har jag med en såsom ordhållig notoriskt känd man att göra, så behöfver jag alldeles icke ett rättsskydd, alldenstund han ändock håller sitt löfte; inlåter jag mig åter med en för mig alldeles okänd person, så åligger det mig såsom en omtänksam och försigtig man att först göra mig underkunnig om min motpart, och skulle jag då finna eller eljes veta, att denne är en opålitlig och föga trovärdig man, så torde vara lika uppenbart, att den »Forventning», hans ord i och för sig, hans ord och löfte såsom sådant, hos mig uppväcker, icke kan vara synnerligen stor eller i allt fall icke föranleda mig att till dess så att säga nominella belopp upptaga hans utfästelse såsom ett värde i min förmögenhet Visserligen är det sant, att *faktiskt* väckes hos mig, om jag lefver i ett modernt rättssamhälle, äfven i detta fall en utfästelsen fullt motsvarande »Forventning», men denna har sin grund icke i sedebudet om tro och lofven, öfver hufvud icke i mitt sedliga medvetande, utan i min visshet därom, att lagen garanterat mig uppfyllelse: men i så fall är det rätten själf och icke tilliten till det gifna ordet, hvarpå min »Forventning» är bygd, och lagen har icke vare sig kunnat eller velat sanktionera en i förlitande på tro och lofven väckt förväntan — som den förutan icke existerar[1].

Inga sådana anmärkningar kunna däremot drabba den Nordling'ska intresseteorien, som tvärtom måste erkännas såsom principielt riktig. För Nordling är, som bekant, den allmänna förklaringsgrunden och utgångspunkten den, att det är den olika graden af förnuftighet hos intressen, hvilka i en punkt sammanträffa och äro mot hvarandra stridiga, som måste blifva afgörande för frågan om det enas eller det andras seger. Den bundenhet, som af en giltig aflåtelse uppstår, beror därför af och grundar sig på den andra partens vid aflåtelsehandlingen fästade intresse[2]. Men så riktig än denna regel är i princip, lika omöjlig kan den vara att i ett konkret fall tillämpa, då den förutsätter och fordrar, att den bedömande kan öfverblicka *alla* på frågan möjligen inverkande omständigheter, strängt taget både de, hvilka äro rent inre och icke komma till något som helst yttre uttryck, och de, som på något sätt fram-

[1] Jfr ock Hagerup's kritik i *T. f. R.* VII: 32 ff (särskildt s. 42 ff 48 ff).
[2] Nordling, Allm. Del., s. 181, 182, jfr s. 114 ff.

trädt såsom yttre eller i det yttre förnimbara. Gäller det att fastställa graden af *förnuftighet*, så kan man icke stanna vid allmänna regler, utan måste i hvarje konkret fall pröfva, huruvida det ena eller det andra intresset är det högre. Och äfven om detta i regel vore objektivt möjligt på ett fullt eller något så när tillfredsställande sätt, så torde dock i många fall visa sig, att det ena intresset kan vara lika så berättigadt som det andra, och i andra, att oaktadt det ena intresset måste anses ega större grad af verklig förnuftighet, det andra måste afgå med segern. Om t. ex. i skriftligt aftal A. genom felskrifning utfäster sig att för viss vara till B. betala 3,800 kr., oaktadt parterna enskildt och muntligen gjort upp om ett pris af 3,300 kr., och B. efter att hafva för sin del fullgjort aftalet af A. kräfver betalning enligt förskrifningen, men A. vägrar att gälda mer än han muntligen utfäst, så torde väl vara det sannolikaste, att A. blir ålagd betalningsskyldighet med 3,800 kr., ehuru hans intresse, rent objektivt sedt, onekligen torde ega anspråk på högre grad af förnuftighet än B:s. Visserligen kunde tänkas, att A. finge med ed styrka sitt påstående om 3,300 kr., men han kunde ock hysa betänkligheter mot att i dylikt fall gå ed, hvilket synnerligen lätt kan hända åtminstone i ett land, där edgång icke är vidare bruklig eller enligt allmän åskådning i viss mån innebär, att sannolika skäl finnas emot den, som går eden, och i sådant fall kan man mena, att han finge själf stå sitt kast: han hade därmed så att säga själf disponerat öfver sin rätt. Ja väl, men detta inverkar icke på frågan om graden af förnuftighet, utan sammanhänger med helt andra skäl. Om man därför icke förthy måste anse en dylik utgång riktig, så beror detta icke af förnuftighetsgraden hos parternas intressen, hvart för sig och jämförda med hvarandra, utan af hänsyn till samhällets eget intresse i konflikten, och härvid är det icke detta intresses större eller mindre förnuftighet, som faktiskt fäller utslaget, utan lämplighetssynpunkter och erfarenhetsfakta.

I själfva verket torde det ock förhålla sig så, att hänsynen till de möjliga mänskliga intressenas olika grad af förnuftighet väl är den allmänna bakgrund, mot hvilken samhällsorganen vid sitt rättsbildnings- och rättstillämpningsarbete betrakta de faktiska företeelserna, men icke den omedelbara grunden för rättsordningens innehåll. *Denna grund lärer fasthellre få sökas i individernas af samhället förefunna och reglerade dispositionsförmåga med afseende på saker, som ligga inom hvars och ens maktområde.*

Samhället har förefunnit människan såsom verksam ej allenast individuelt utan också, och framför allt, bland och med andra människor. Det har då gält att åt de former för denna verksamhet, som spontant uppstått, gifva en fasthet och en bestämdhet, som på en gång tryggade hvars och ens fortfarande fria verksamhet och ställde den samma i ordnadt förhållande till de öfrigas. Utgångspunkten måste därför sökas i *den mänskliga handlingens sociala faktiska betydelse,* synnerligast som det är genom sitt yttre handlande och icke genom någon annan verksamhet, människan framträder såsom verksam i samhället och träder i beröring med andra. Att afväga och bestämma dels människans handlingsfrihet, dels hennes handlingars samhälleliga verkningar, är därför rättens uppgift, en uppgift, den dess stiftare kan lösa efter sitt suveräna behag, men den han bör lösa i enlighet med den uppfattning, han har af sin tids och sitt folks allmänna rättsmedvetande.

Inom mer eller mindre bestämda gränser har ock rättsordningen tillerkänt den enskilde en rätt, d. v. s. ett mot samhället riktadt anspråk på oafbrutet upprätthållande af rättsordningens innehåll[1], att fritt förfoga öfver sig själf och sina krafter samt i öfrigt alla de saker och ting, hvilka icke falla utom dessa gränser och alltså inom andras af rättsordningen begränsade maktområden. Men rättsordningen har ock medgifvit människan en rättslig disposition öfver sin maktsfer på sådant sätt, att hon må kunna ur denna aflägsna hvad hon finner lämpligt att där icke behålla, och till denna draga hvad andra frånskilt sina resp. maktsferer. Härvid har det för samhället gält att noga bestämma den rättsliga betydelsen af de handlingar, som de enskilde sålunda kunna och erfarenhetsmässigt bruka företaga d. s. v. att afgöra och fastslå, dels hvilka verkningar samhället vill tillerkänna och tillägga en på visst sätt bestämd handling med hänsyn till dess egenskap att af samhället anses såsom ett uttryck af den handlande enskildes faktiska disposition, dels hvilka handlingar det vill såsom giltiga uttryck i nämnda afseende erkänna. För att nu kunna förlika grundsatsen om de enskildes dispositionsrätt med samhällets eget kraf på ordning och följdriktighet i samlifvet människor emellan, måste rättsordningen äfven lämna klara och bestämda föreskrifter med hänsyn till frågan, såväl om och när ett rättsgodt, som faller inom en viss enskilds maktsfer, kan eller skall

[1] Reuterskiöld, Rechtsauslegung, s. 56 ff., samt Kritik och Motkritik, s. 55 ff.

anses vara därifrån afskildt eller möjligen af andra afskiljbart, som ock, om och när detta samma rättsgoda skall kunna föras och anses hafva förts inom en annans enskilda rättssfer, eller alltså i korthet, hvilka dispositionsakter äro härför behöfliga och tillräckliga rättsfakta. Därvid gäller det emellertid, ej minst för ett behörigt tillgodoseende af den erkända dispositionsrätten, att tillse det den enes lagliga förvärfshandlingar så mycket som möjligt tryggas utan att den andres lagliga rätt att behålla därigenom sättes i fara: utveckling är samhällets uppgift, men utvecklingen kräfver erfarenhetsmässigt samfärdsel och omsättning, och därför måste förvärfshandlingarnas underlättande i viss mån sättas före säkerheten att få behålla, men rättssäkerheten i det hela före dem båda.

3.

Bland de rättsfakta, hvilka utgöra stödjepunkter för rättsbildningen och den konkreta rättsbestämningen i förmögenhetsrättsligt hänseende intaga alltså dispositionshandlingar af enskilde ett synnerligen betydelsefullt rum. Då dessa handlingar pläga betecknas såsom rättshandlingar, är däremot intet att erinra, om än en närmare fixering af detta ords betydelse kan vara önskvärd för undvikande af missförstånd. Rättshandlingen har nämligen ofta uppfattats såsom en af den handlande mer eller mindre medvetet på framkallandet af en viss rättsföljd riktad handling, hvars rättsverkan sålunda af den handlande åsyftats och på denna grund af rättsordningen med handlingen förbundits. Häremot har dock Lenel, liksom sedermera bl. a. Bechmann, på ett klart och öfvertygande sätt framhållit[1], att den handlande personen med sitt handlande ytterst åsyftar icke egentligen en viss rättsverkan, utan en rent faktisk påföljd i fråga om förfogandet öfver den sak, som utgör föremål för dispositionen och som han vill på något sätt tillgodogöra sig eller eljes disponera öfver; de handlingar, hvaraf han härvid betjänar sig, äro icke af rättsordningen skapade och honom gifna, utan tvärtom på naturlig väg omedelbart uppkomna och praktiserade samt först därefter af rättsordningen beaktade och reglerade. Rättsverkningarne af en rättshandling bero därför icke af parternas vilja, utan af rättsordnin-

[1] Jfr Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg i *Jb. f. D.* XIX: 154 ff. och Bechmann, Kauf II: 18 ff.

gen, men denna har å andra sidan principiellt underordnat och afpassat rättsverkningarna efter de faktiska ändamål, handlingen erfarenhetsmässigt plägar tjäna, och tilllägger sålunda det genom handlingen uppkommande faktiska tillståndet karakteren af ett rättstillstånd. Förnekas skall emellertid icke, att sistnämda omständighet äfven kan återverka på de handlande personerna därhän, att de genom medvetandet om rättsordningens ställning till deras handlingar understundom själfva vid en rättshandlings företagande åsyfta också den rättsföljd, som är därmed förenad; men det är i alla händelser icke häri, man har att söka grunden till rättsföljdens inträde.

Kan sålunda syftet med en rättshandling, eller åtminstone hufvudsyftet, städse sägas vara ett förfogande öfver en sak eller ett rättsgodt i allmänhet, så är det dock icke hvarje privatekonomisk dispositionsakt, som kan kallas rättshandling, utan blott den, hvarigenom den handlandes möjliga förhållande med afseende på saken i något hänseende får eller åtminstone kan få social betydelse. I ett samhälle, där den privata eganderätten utgör privaträttens första grundsats, måste egarens möjliga förhållande med afseende på en sin sak vara mot hvarje annan skyddadt, och sålunda det af eganderätten beroende förhållandet mellan honom och alla andra enskilde blifva ett rent negativt förhållande, hvilket blott så till vida kan kallas rättsförhållande[1], som rättsordningen förhindrar dessa andre från att på något sätt förfoga öfver saken; i grunden innebär detta dock, att mellan dem och egaren intet som helst förhållande råder. Endast genom en af rättsordningen bestämd handling från egarens sida kan en ändring häri möjliggöras och ett egenligt rättsförhållande mellan personer uppstå. Dock torde det icke vara nödvändigt att inskränka rättshandlingens begrepp till privatdispositiva akter, hvilka afse uppkomst, förändring eller upphörande af ett egentligt rättsförhållande mellan bestämda personer. Det är nämligen tydligt, att t. ex. öfverlåtelse af en sak från en till annan väl icke kan sägas grunda ett egentligt rättsförhållande mellan öfverlåtaren och förvärfvaren med afseende å saken, då ju tvärtom eganderättens öfvergång alldeles utesluter den förre egaren från sakens vidare disponerande och ställer den nye egaren oberoende af hvarje annan, den förre egaren inbegripen, låt vara möjligen

[1] Om betydelsen af termen rättsförhållande jfr Nordling, Allm. Del. s. 117, Trygger, Skriftliga bevis s. 1 not 1.

med vissa potentiella anspråk mot den sistnämde; likväl innebär äfven öfverlåtelsen ett disponerande med samhällelig betydelse, och onekligen bör också den anses såsom en rättshandling i vidsträckt mening.

Såsom väsentligt för rättshandlingen torde således böra fasthållas, att därigenom en sådan samhälleligt uppfattbar förändring af den handlandes möjliga förhållande med afseende på en sak fixeras, att handlingen kan utan vidare ingå som moment i ett rättsfaktum, hvaraf enligt rättsordningen rätt för annan att disponera öfver saken är beroende. I själfva verket kan rättshandlingen, såsom med nödvändighet ensidig och sålunda städse utgången från ett enda handlande rättssubjekt[1], endast åstadkomma förändring inom en enda, den handlandes egen, makt- och rättssfer och alltså endast möjliggöra, men icke åstadkomma annans disposition öfver eller med afseende å saken. Så länge denna möjlighet icke begagnats af den därtill befogade, kan den samma, där den verkligen beror af privatdisposition, tydligen omintetgöras genom en ny dispositionsakt från den förut handlandes sida: han har så att säga väl fört saken utom sin makt- och rättssfer, men icke ensam kunnat föra den inom en annans och måste därför vara berättigad att, där ej annat stadgats och innan den andre bemäktigat sig den, själf draga den åter inom sin sfer. Först om annan genom en sin rättshandling medverkat till förändringen och begagnat den gifna dispositionsmöjligheten, eller om ett återtagande, t. ex. på grund af död, blifvit omöjligt, kan rättshandlingen anses från samhällets synpunkt såsom en definitiv dispositionsakt; dessförinnan är den det endast potentielt, är blott en faktisk men ingen verklig rättshandling, då ju samhället icke kan hafva något intresse af att påtrycka rättens stämpel på hvarje enskild dispositionsakt, äfven där denna faktiskt får betydelse blott för den disponerande själf.

Den olika karakter, som i ena och andra fallet tillkommer rättshandlingen, synes göra det önskligt att äfven med olika termer kunna beteckna den samma såsom blott möjliggörande och såsom åstadkommande en rättsförändring. Rättshandlingen i den förra betydelsen kan lämpligen betecknas såsom rättshandling i inskränkt mening, rättshandlingen i den senare betydelsen med ett i det finsk-svenska rättsspråket redan häfdvunnet namn såsom rätts-

[1] Trygger, Fullmakt s. 13 not 1.

ärende. Med rättshandling bör alltså förstås den, på en faktisk förändring af den viljandes möjliga förhållande med afseende å ett visst rättsgodt riktade, och för förändringens rättsliga fixering af rättsordningen i denna dess riktning såsom väsentlig erkända privatviljeförklaring eller privatdispositionsakt, som oberoende af något den handlandes vidare åtgörande med den samma kan ingå som moment i det sammansatta rättsfaktum, vid hvilket den afsedda förändringen såsom rättsförändring är bunden af rättslagen. Rättsärendet åter blir i anslutning härtill det af en eller ett flertal rättshandlingar bestående rättsfaktum, hvarvid den enligt rättshandlingarnas samhälleligt uppfattbara riktning åsyftade faktiska förändringen såsom rättsförändring är af rättslagen bunden[1].

Rättsärendets rättsverkan blir på detta sätt den, att den faktiska förändring, som genom privatdisposition åstadkommits, erhåller rättsligt skydd och erkännande, hvaremot rättshandlingens rättsverkan blott blir den, att en rättsändring genom annans privatdisposition möjliggöres. Hvarken rättsärenden eller rättshandlingar kunna dock såsom privatdispositionsakter med rättslig betydelse åvägabringa andra rättsverkningar, än att rättskarakter tillägges de faktiska förändringar, som genom dispositionsakterna åstadkommits och enligt samhällets uppfattning därmed åsyftats. Men detta hindrar icke, att samhället därjämte kan vid den sålunda åstadkomna rättsförändringen såsom särskildt rättsfaktum och oberoende af dess grundande på privatdisposition, knyta andra eller flere rättsföljder än dem de handlande afsett eller kunnat afse[2], liksom det å andra sidan ock är väl möjligt, att i dispositionsakterna afsigter och moment kunnat faktiskt ingå, dem rättsordningen alldeles icke beaktat, vare sig, emedan de ej kommit till ett samhälleligt fattbart uttryck eller af annan grund. Fasthålles detta, så är tydligt, att rättshandlingen liksom rättsärendet såsom sådana

[1] Jfr härom Trygger, Fullmakt s. 10, 11 not 1; Montgomery, Finl. Privaträtt I: 548 ff., Aagesen, Rom. Ret. I: 172 ff.: Goos, Alm. Retslære I: 211 ff; äfvensom Regelsberger, Pandekten I: 472 ff. Lenel i *Jb. f. D.* XIX: 249 ff., Bechmann, Kauf II: 3 ff., Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 152 ff., Danz, Rechtsgeschäfte, s. 35 ff., m. fl. — Skilnaden mellan rättshandling och rättsärende har i viss mån beaktats äfven i motiven till den nya tyska civillagboken, jfr Haidlen, Bürg. Gesetzbuch I: 112. — Utförlig och i många afseenden vägledande är ock Bierling's i Jurist. Prinzipienlehre II: 46 ff., 117 ff. framställda principiella undersökning rörande rättshandlingar och rättsärenden.

[2] Jfr ock Hagerup i *T. f. R.* VII: 52 ff.

endast kunna medföra rättsverkningar med afseende på den eller de handlandes eget och inbördes förhållande till det rättsgoda hvaröfver dispsonerats, samt på de förändringar i deras resp. maktsferer som däraf blifvit en följd, men icke på förhållandet till tredje man eller på andras maktsferer.

Rättshandlingen i inskränkt mening är, såsom nämdt, alltid ensidig, men den kan såsom sådan kallas enkel eller sammansatt, allteftersom det handlande subjektet måste företaga en enda handling eller en hel akt af med hvarandra successivt förbundna enkla handlingar, hvilka först i sin totalitet kunna af rätten beaktas. En muntlig viljeförklaring mellan närvarande rörande någon viss sak är sålunda en relativt enkel rättshandling, hvaremot en skriftlig viljeförklaring till en frånvarande uppenbarligen måste karakteriseras såsom en sammansatt rättshandling, då däri ingår såväl skrifvandets handling, hvilken i och för sig icke är någon rättshandling, som ock afsändandets och framförandets, hvarom det samma gäller. Till sin rättsverkan är rättshandlingen i inskränkt mening alltid ofullständig, då den endast möjliggör en rättsförändring genom annans privatdisposition eller tillkomst af annat rättsfaktum; såsom fullständig sammanfaller den åter med det ensidiga rättsärendet. Att den är ofullständig betyder således ej, att den själf är in pendenti, men väl, att den förändring, som därigenom åstadkommits, städse blir såsom *rätts*förändring in pendenti eller potentiel och beroende af ett ytterligare rättsfaktum, som gör den samma samhälleligt relevant och oåterkallelig. Såväl den fullständiga som den ofullständiga rättshandlingen måste emellertid alltid fullbordas såsom handlingar, innan någon rättsverkan kan knytas därvid. Rättshandlingarna i inskränkt mening torde kunna lämpligast uppdelas i fyra hufvudformer: omedelbara aflåtelser, utfästelser, omedelbara tillegnelser, påläggg[1].

Rättsärendet åter är städse så till vida fullständigt, som det samma icke någonsin behöfver genom ytterligare privatdisposition kompletteras, för att den därigenom uppstående förändringen skall blifva en rättsförändring, men skulle understundom kunna i den mening kallas ofullständigt, att det kan hända, att för dess fulla verkan äfven ett direkt handlande från samhällsorganens sida kan vara erforderligt[2], t. ex. vid lösöreköp enligt K. F. 20 Nov. 1845,

[1] Enligt Goos, Alm. Retslære I: 225 ff., II: 332 i två: Løfter og Paalæg.
[2] Alltså en »Bestätigungsakt», jfr Kuntze, Gesammtakt s. 70.

utan att därför rättsärendet kan anses beröfvadt sin karakter af privatdispositiv akt med rättslig verkan, i det att myndigheternas medverkan icke beror af deras fria, diskretionära ompröfning, utan kan af de enskilde framtvingas, så snart de genom sin privatdisposition i enlighet med rättsordningens föreskrifter skapat de därför nödiga förutsättningarna[1]. Rättsärendet kan ock, i motsats mot rättshandlingen, vara antingen ensidigt eller två- resp. fler-sidigt, beroende af antalet därvid verksamma rättssubjekt, och sålunda bestå af en eller flere enkla eller sammansatta, samtidiga eller successiva rättshandlingar.

Det ensidiga såväl som det flersidiga rättsärendets bestämmelse är[2] »antingen att åstadkomma en omedelbar eller åtminstone under den persons lifstid, som företager det samma, inträdande rättsverkan (negotia *inter vivos*) eller ock att denna skall uppstå först efter personens död (negotia *mortis causa*)». Hvad särskildt det flersidiga rättsärendet inter vivos angår, är det naturligen af vigt att kunna säkert skilja det samma från andra därmed likartade rättsfakta, för så vidt man skall kunna erhålla full klarhet rörande dess natur och verkningar. Framför allt gäller det härvid att icke sammanblanda ett sådant rättsärende med å ena sidan hvad man kan benämna *kollektivhandlingar* eller sammanställda rättshandlingar resp. rättsärenden och å den andra med det nakna *samförståndet.*

Det kan nämligen stundom inträffa, att väl ett flertal rättshandlingar äro nödvändiga för att en viss rättsföljd skall inträda, men att dessa handlingar dock icke till hvarandra stå i det nära sammanhang och beroende, att de skäligen kunna betecknas såsom ett (om än sammansatt) rättsfaktum. Så t. ex. synas de rättshandlingar, hvilka från parternas sida äro nödvändiga förutsättningar för inteckning beviljande (: medgifvandet och ansökningen) näppeligen kunna sammanfattas såsom gemensamt utgörande ett rättsärende, ehuru de onekligen, där de båda erfordras, måste sammanställas för att inteckning skall kunna enligt gällande K. F. af 16 Juni 1875 beviljas. Hvad som skiljer dylika sammanställda rättshandlingar från det flersidiga rättsärendet är, att i det senare, men

[1] Att ett genom ett fullbordadt rättsärende uppkommet *rättsförhållande* dock sjelft icke behöfver därmed vara perfekt, utan kan vara in pendenti, alltså ett med vilkors- eller tidsbestämning förenadt rättsförhållande, se Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 163 ff., jfr Nordling, Allm. Del. s. 224 ff.

[2] Montgomery, Finl. Privaträtt s. 554.

ej i de förra, de ifrågakommande handlingarna måste till *hvarandra* stå i kausalnexus, då de endast under *detta vilkor* kunna uppfattas såsom ett rättsfaktum[1].

Beträffande däremot det nakna samförståndet, så utgör detta icke någon samhälleligt verksam viljeförklaring, utan är blott ett uttryck för faktisk och medveten samstämmighet mellan enskilde i afseende på innehållet i en viss påtänkt viljeförklaring eller ett visst tillärnadt handlande. Samförståndet kan visserligen vara ett rättsfaktum, men innebär i sig icke någon privat*dispositiv* handling och får därför icke uppfattas såsom rättshandling eller rättsärende, äfven om en samförståndsförklaring är en rättsligen relevant handling. Så t. ex. föreligger i punktationen visserligen uttryck för ett samförstånd, men i regel ännu icke någon verklig dispositionsakt, alldenstund en min viljeförklaring, ställd under vilkoret si voluero, icke har karakteren af rättsligen beaktad viljeförklaring[2]. Däremot förutsätter ett flersidigt rättsärende städse samförstånd mellan de disponerande rättssubjekten och så till vida står samförståndet i nära förening med rättsärendet, ehuru ingalunda hvarje samförstånd behöfver eller ens kan framkalla ett rättsärende[3]. Af detta skäl synes det ej heller vara lämpligt att, såsom dock ofta skett, beteckna det flersidiga rättsärendet såsom aftal eller öfverenskommelse[4]. Denna beteckning blir nämligen lätt vilseledande, vare sig man identificerar samförstånd och öfverenskommelse, och på denna grund kallar det flersidiga rättsärendet öfverenskommelse eller aftal: ty i så fall uppstår oklarhet i fråga om den faktiska skilnaden mellan ett blott samförstånd och rättsärendet; eller man skiljer mellan öfverenskommelsen eller aftalet och samförståndet: ty visserligen är sant, att samförstånd fordras för hvarje flersidigt rättsärende, men icke så öfver-

[1] Jfr härom Bekker, System II: 84, 85, 87, § 94 Note a och Beil. I, och framför allt Kuntze, Gesammtakt s. 29 ff. särskildt s. 43 ff. 64 ff.; se ock Bierling, Jurist. Principienlehre II: 143 ff. — Vore åter möjligt, att anse kollektivhandlingar såsom ett rättsfaktum, så kunde de lämpligen benämnas flersidiga rättsärenden, och de ofvan såsom flersidiga betecknade kallas ömsesidiga.

[2] Jfr Bechmann, Kauf II: 214 ff., Almén, Auktion II: 129 ff.

[3] Samförståndet bör ej heller förvexlas med hvad Karlowa, Rechtsgeschäft s. 163 under benämningen Zweck- eller Causalberedung framstält; detta är fastmera städse ett moment i viljeförklaringen, hvaremot samförstånd äfven kan finnas utan viljeförklaring.

[4] Så Montgomery, Finl. Privaträtt I: 553, Schrevelius, Lärobok I: 173, II: 364; jfr dock häremot Nordling, Allm. Del. s. 175.

enskommelse i betydelsen af aftal, i det att aftal i ordets egentliga mening bär i sig fordran på ett visst »normgifvande och normtagande»[1], hvilket icke alltid är för det flersidiga rättsärendet nödvändigt.

Ett flersidigt rättsärende är nämligen en privatdispositiv akt rörande samma rättsgoda, i hvilken särskilda rättshandlingar af olika rättssubjekt ingå såsom grund till eller följd af hvarandra. Dessa rättshandlingar åsyfta städse en sådan disposition af det rättsgoda, att dettas utflyttande utom den enes maktsfer omedelbart genom det fullbordade rättsärendet åtföljes af dess indragande inom den andres, eller med andra ord en aflåtelse å ena, en tillegnelse[2] å den andra sidan. Tillegnelsen sker på grund af och i enlighet med aflåtelsen, men återverkar ock på denna, så att den därigenom blir rättsligen verksam och den genomförda faktiska ändringen med afseende på parternas förhållande till det aflåtna och tillegnade rättsgoda en rättsändring. Aflåtelsen är i detta fall — liksom vid ensidiga rättsärenden — ensidig eller enkel, men den kan äfven vara vilkorad af en motaflåtelse, eller, måhända riktigare, tillegnelsen från andra partens sida kan vara vilkorad af en aflåtelse från samma sida, och aflåtelsen liksom rättsärendet blir i detta fall hvad man kunde kalla ömsesidig eller sammansatt[3]. Men aflåtelsen kan ock vara på olika sätt bestämd: det rättsgoda kan vara såväl ett ting som en handling[4]; den dispositionsmöjlighet som genom aflåtelsen-tillegnelsen förvärfvas, kan vara en tinget

---

[1] Jfr Bierling, Jurist. Principienlehre II: 135 ff., som dock anser, att »alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte können auch als Verträge bezeichnet werden», hvilket emellertid knappast är riktigt eller ens lämpligt; hans »Normgeben und Normnehmen» har ock en i viss mån annan betydelse än den ofvan i texten afsedda.

[2] Uttrycket »Tilegnelseserklæring», »Tilegnelseshandling» hos Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 110 et passim, jfr Aagesen, Ejendomsretten (Progr. Kbhvn 1872) s. 13, synes mig synnerligen betecknande och riktigt.

[3] Jfr Nordling, Allm. Del. s. 174, Montgomery, Finl. Privaträtt I: 554. — Beteckningarna enkel och sammansatt torde vara lämpligare än de redan i annat sammanhang använda ensidig och flersidig.

[4] Med Nordling, Allm. Del. s. 88 ff., s 106 ff., i hans polemik mot den åsigt, som äfven räknar rättigheter såsom rättsobjekt och benämner dem res incorporales, torde man kunna utan tvekan instämma, jfr Montgomery, Finl. Privaträtt I: 456. Däremot synes mig benämningen *sak* alldeles icke böra identifieras med *ting*, utan torde man kunna tala om såväl konkreta saker eller ting och sammanfattningar däraf som om abstrakta saker; till de sistnämda höra ock de rättsobjekt, som Nordling, a. a. s. 110, kallar formobjekt.

eller handlingen i dess helhet omfattande eller en till vissa sidor däraf inskränkt; aflåtelsen själf kan medföra en blott omedelbar rättsförändring eller grunda, förändra eller upphäfva ett egentligt rättsförhållande. Det enkla rättsärendet kan med hänsyn härtill kallas öfverlåtelse, upplåtelse, tillsägelse eller frisägelse, alltefter omfånget och beskaffenheten af aflåtelsen-tillegnelsen; det sammansatta åter kan vara rent eller blandadt alltefter aflåtelsens och motaflåtelsens inbördes likhet eller olikhet och den eller de kategorier (öfverlåtelse etc.), hvartill det alltså bör räknas[1].

Medför rättsärendet blott en omedelbar rättsförändring eller ett upphäfvande af ett egentligt rättsförhållande, lärer man knappast kunna med fog tala om ett normgifvande och normtagande genom privatdisposition, enär den privata normbildningen alltid måste tänkas såsom gifvande rättesnöret för ett visst framtida inbördes förhållande, men ett dylikt rättsärende så långt ifrån framkallar ett sådant, att det tvärtom verkar därpå upplösande. Endast det rättsärende, som kan sägas bilda utgångspunkt för ett egentligt rättsförhållande mellan parterna och alltså innebär en tillsägelse, torde därför böra benämnas aftal[2]. Men fråga kan vara, om icke t. o. m. med denna begränsning aftalsbegreppet blefve alltför vidt för att kunna ega värde såsom verkligt juridiskt begrepp. Som bekant har ock Nordling uppstält den ytterligare fordran på det samma, att det alltid skall innebära »en ömsesidig aflåtelsehandling» eller med andra ord vara ett sammansatt rättsärende[3]. Emellertid, då äfven ett enkelt tillsägelseärende kan tänkas företaget ej blott såsom två- eller flersidigt rättsärende, utan ock i form af utfästelse, och då i ett flertal gällande lagstiftningar liksom fordom i den romerska rätten en sådan utfästelse i och för sig faktiskt icke erkänts såsom rättsbildande, utan endast den genom annans tillegnelse mottagna tillsägelse, hvilken benämnes aftal, så synes det därför vara lämpligast att medgifva åtminstone möjligheten af aftal, som icke äro sammansatta rättsärenden, h. e. innebära ömsesidiga

[1] Jfr Nordling, Allm. Del. s. 135, 174. »Tillsägelse» torde dock vara en lämpligare beteckning å rätts*ärendet* såsom tvåsidigt än »utfästelse», då det senare uttrycket alltför lätt leder tanken på rätts*handlingen* eller på ett ensidigt rättsärende och tillsägelsen dessutom egentligen innebär ett pålägg genom tillegnelse af en utfästelsehandling. »Frisägelsen» åter såsom ensidigt rättsärende skulle kunna kallas »afsägelse».

[2] Jfr Jacobi i *Jb. f. D.* XXXV: 12, 34 fl. — Om aftalsbegreppet se ock Affolter i *Ar. f. bürg. R.* VIII: 1 ff.

[3] Nordling, Allm. Del. s. 175, jfr s 136. Däremot synes Nordling icke hafva uppställt det kraf på ett aftal, att däri städse måste ingå en tillsägelsehandling.

aflåtelser, så snart blott ett samtyckt påläggande därigenom ernar giltighet. Dock får ett dylikt aftalsbegrepp städse en blott formell karakter, i det att rättsgrunden för tillsägelsens giltighet, t. ex. vid mottaget löfte om gåfva — därest öfver hufvud en sådan tillsägelse är juridiskt giltig — i själfva verket för det moderna rättsmedvetandet, som, hvad än lagstiftningarne kunna innehålla, näppeligen principielt förnekar den ensidiga utfästelsens möjliga verksamhet, snarare torde ligga i aflåtelsehandlingen än i tillegnelsen, låt vara att den förra kan genom privatdisposition vara vilkorad af den senare. Detta beror dock icke därpå, att det i allmänhet skulle vara aflåtelsen, som borde såsom afgörande anses, utan därpå, att det så förhåller sig vid den aflåtelse, där dispositionen uppenbart åsyftar just aflåtelse i och för sig. Däremot är den aflåtelse, som sker genom ett sammansatt rättsärende, lika uppenbart endast ett medel för möjliggörande, icke af annans tillegnelse, utan af egen tillegnelse af annans aflåtelse, och får därigenom karaktären af motaflåtelse. Här är det sålunda tillegnelsehandlingarna, som spela den största rollen, och som bilda det afgörande momentet, hvadan dessa rättsärenden med allt skäl, så vida de tillika innehålla ett normerande genom pålägg, kunna betecknas såsom aftal eller kontrakt, hvilka ord enligt svenskt språkbruk torde få anses såsom synonyma[1].

Aftalet i materiel begreppsmening skulle alltså vara ett sådant sammansatt flersidigt rättsärende, hvarigenom åtminstone den ene af kontrahenterna förvärfvar en viss af en aflåtelse vilkorad befogenhet mot den andre, och därigenom dem emellan ett egentligt rättsförhållande grundas. Aftalet är rent, om både aflåtelse och motaflåtelse innebära tillsägelser, men blandadt, om blott endera en tillsägelse, den andra en aflåtelse af annat slag; däremot kunna icke båda beteckna aflåtelser af annat slag. Så innebär en öfverlåtelse, att den omedelbara dispositionen öfver en viss sak i dess totalitet aflåtes, och sker detta ömsesidigt, så har väl därmed omedelbart rättsändringar inträdt och genast förverkligats, men intet egentligt rättsförhållande uppstått, ej heller någon viss bundenhet till handling normerad af rättsärendet uppkommit; ett byte t. ex. bör uppfattas såsom bytesaftal,därest öfverlåtelsen skall ske i framtiden från endera eller båda sidorna, men såsom omedelbart öfverlåtelseärende,

[1] Jfr dock Montgomery, Finl. Privaträtt I: 553. Att åter en bestämd skilnad mellan öfverenskommelse och kontrakt förefinnes, då öfverenskommelsen tages i betydelse äfven af samförstånd, ej blott af aftal, förnekar jag ej; se ock Aagesen, Overdragelse s. 1 ff. (särskildt noten s. 1.).

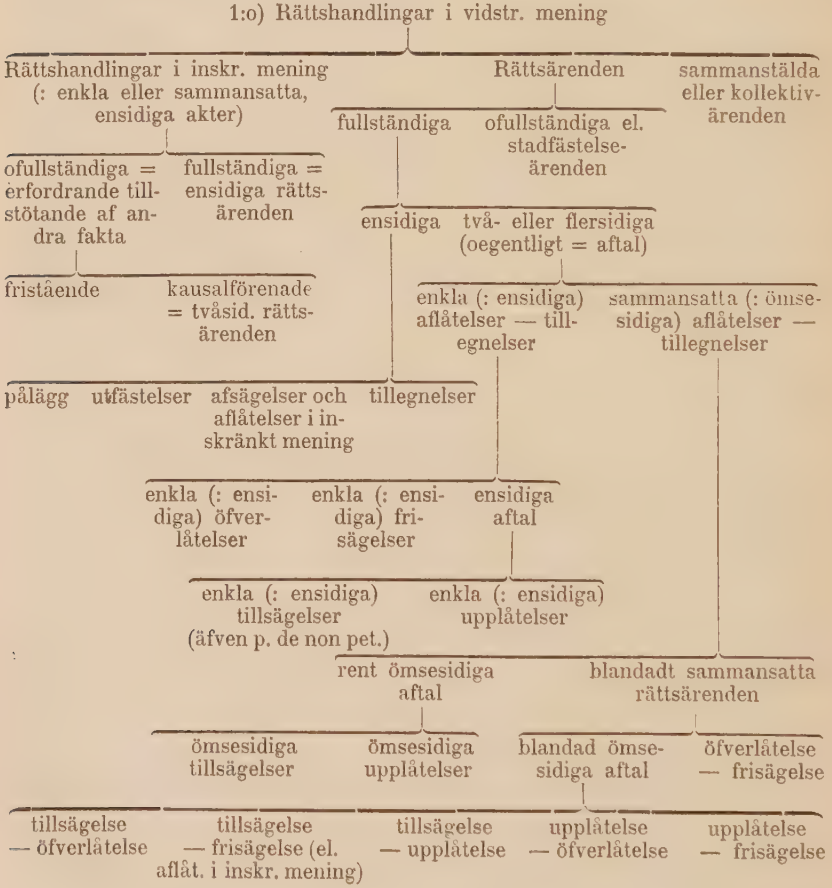
därest de omhandlade sakerna på stället omedelbart utbytas mot hvarandra. Det är visserligen möjligt att äfven i detta fall förklara rättsärendet på det sätt, att en ömsesidig tillsägelse verkligen göres, ehuru den samtidigt fullständigt realiseras, så att det genom tillsägelselsen skapade rättsförhållandet endast blir momentant och upphör i och med sin uppkomst (jfr de äldre engelska executed contracts). En dylik förklaring innebär emellertid en onödig omväg, då den på samförståndet följande omedelbara realisationen gör ett från samförståndet skildt aftal alldeles öfverflödigt, helst tillegnelsen afser tillegnelse af saken, icke tillegnelse af en om än framtida handling, hvarigenom saken skall öfverlåtas. Liknande gäller ock i fråga om ömsesidiga frisägelser, hvarigenom parterna helt eller delvis inbördes afstå från den inskränkta dispositionsmöjlighet, de hafva öfver några hvarandras ting eller handlingar: intet som helst rättsförhållande uppstår härigenom, tvärtom upplösas omedelbart bestående sådana[1]. Hvad slutligen beträffar upplåtelser, så utgöra dessa i själfva verket en kombination af öfverlåtelse och tillsägelse från samma sida och kunna därför betraktas såsom aftal, äfven om blott upplåtelse ingår i rättsärendet: genom upplåtelsen inrymmer nämligen aflåtaren mot sig såsom t. ex. egare till saken åt förvärfvaren en befogenhet att trots aflåtarens fortfarande bestående eganderätt af honom, aflåtaren, fordra ostörd disposition i visst afseende öfver saken under den tid upplåtelsen afser, samt öfverlåtes saken såsom föremål för denna begränsade dispositionsmöjlighet[2]. Af-

[1] Ej ens samförstånd torde alltid erfordras, jfr Meissels i *Grünh. Zt.* XVIII: 665 ff., XIX: 1 ff.

[2] Den sakrätt åter, som följer med öfverlåtelse och upplåtelse och som särskildt yttrar sig i vindikationsrätt mot tredje man, grundar sig icke på privatdispositionen, utan har af lagen självständigt knutits vid rättsärendet såsom blott rättsfaktum, eller riktigare vid det därigenom uppkomna faktiska tillståndet och den lagliga besittningen såsom rättsfaktum; jfr härom Bechmann, Kauf II: 51 ff., och om aftal och verkställighet I: 608 ff., II: 82 ff. »Dingliche Verträge» äro i själfva verket blott samförstånd, åtföljda af omedelbar rättsförändring genom disposition, icke aftal innebärande såväl en omedelbar som en genom samförståndet normerad framtida rättsförändring och därmed uppkomsten af ett egentligt rättsförhållande; jfr dock ang. »dingliche Verträge» Exner, Tradition s. 4 ff. — När Sohm, i *Zt. f. H.* N. F. II: 16 ff., på traditionen såsom »Traditionsvertrag» uppbygt sin bekanta realiseringsteori rörande aftalsperfektion, må härvid påpekas, att den sålunda framlagda bevisningen icke är tillfyllestgörande, hvaremot det ingalunda därför är sagdt, att teorien i och för sig ej skulle kunna bevisas. — Samförståndet vid tradition behöfver icke åvägabringas genom den samma och det är icke samförståndet, som gör traditionen till tradition utan det rent faktiska besittningstagandet.

talet går här liksom eljes ut på tillegnande af en dubbel aflåtelse från samma håll, nämligen tillsägelsen och dess framtida realisation vare sig genom ett sammansatt eller ett enkelt rättsärende eller medels ingen rättshandling alls utan ett blott faktiskt handlande. Motaflåtelsen åter, där sådan förekommer och icke innebär tillsägelse, utgör väl ett moment i aftalet, men bör ock å andra sidan i tanken skiljas från detta, hvars åvägabringande endast bildar den vilkorsbestämmelse, under hvilken motaflåtelsen sker, liksom vice versa. Rättsverkningarne beträffande en sådan motaflåtelse inträda icke egentligen på grund af aftalet, utan på grund af det sammansatta rättsärendet såsom sådant, oafsedt dess karaktär af aftal[1].

[1] För öfversigtlighetens skull kan följande schema öfver rättsärenden samt öfver aftal uppställas:



4.

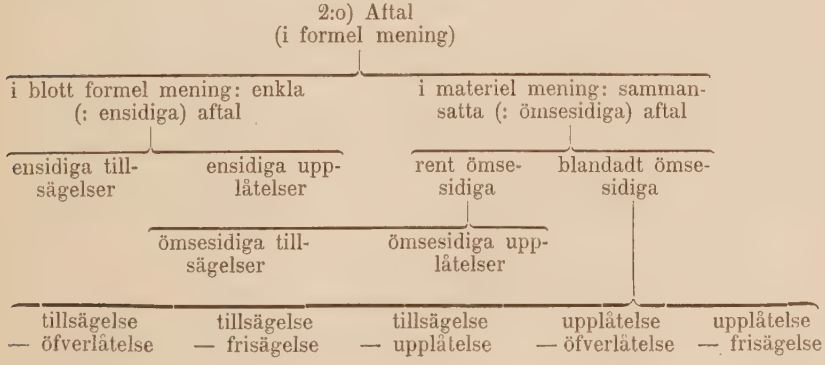
Så länge aftalet allmänt betraktades såsom en enda rättshandling, måste man naturligen fordra, att de olika dispositionsakter, hvaraf handlingen bildades, också skulle anses endast såsom moment af en och samma rättshandling utan egen självständighet. Sedan man emellertid, framför allt efter KOEPPEN's ingående undersökningar rörande det obligatoriska aftalet mellan frånvarande[1], mer och mer fått ögonen öppna för det faktum, att aftalet är icke en utan två rättshandlingar, har man ock mer och mer erkänt, att offerten eller anbudet och accepten eller antagandet[2] icke äro i förhållande till hvarandra osjälfständiga delar af en och samma handling, utan ega hvar för sig fullt självständig existens. Men man har ej stannat härvid, utan ock mer och mer velat i hvardera handlingen se ett särskildt rättsärende och i själfva verket frånkänna aftalet karakteren af rättsbildande faktum och sammansatt rättsärende och däri i stället se blott en komplex eller ett helt af sammanställda rättshandlingar, resp. rättsärenden[3]. Att det härvid blifvit anbudet och icke antagandet, som dragit till sig största intresset och som egentligen intagit aftalets forna plats, är, såsom JUL. LASSEN[4] framhållit, alldeles naturligt, då det icke kan vara tal om, »at en Tilegnelseserklæring alene skulde kunne skabe

[1] KOEPPEN i *Jb. f. D.* XI: 139—393.

[2] Om betydelsen af termerna anbud och antagande, bindande och icke bindande anbud, se ALMÉN, Auktion II: s. 99 not 2, s. 108 not 1.

[3] Så ock till synes ALMÉN, Auktion II: 106 not 2. Två handlingar kunna visserligen aldrig blifva en, men ett rättsärende kan väl bestå af två handlingar, jfr KOHLER i *Ar. f. bürg. R.* I: 287. Hvad är för öfrigt en handling?

[4] I *Tidsskrift for Retsvidenskab* I: 110.



Ret» i fråga om obligatoriska rättsförhållanden. De olika teorier, som på denna grundval framstälts, hafva efter aflåtelsehandlingen, anbudet, löftet, fått namn af löftesteorier, och kunna, ehuru de på olika sätt besvarat frågan om antagandets betydelse och ställning, likväl anses i grundtankarna sins emellan fullt samstämmiga och eniga[1].

Gemensamt för dem alla är en viss benägenhet, att trots underkännandet af aftalet såsom *grundval* för rättsändringen dock begagna mycket af aftalslärans speciella terminologi. Och om än denna »Unøjagtighed» icke är af någon väsentlig betydelse, utan väl kan förklaras af den »almindelige Tilbøjelighed til, naar visse Kjendsgjerninger regelmæssigt følges ad, og Ret paa dette Grundlag utvivlsomt opstaar, at betegne Indbegrebet af disse Kjendsgjerninger som det retsstiftende, uanset at Retsvirkningen i Virkeligheden kun skyldes en enkelt af dem», så är dock, här såsom enligt min tanke oftast eller alltid, en sådan »almindelig Tilbøjelighed» ett symptomatiskt tecken till, att teorien ej står i full samklang med det allmänna rättsmedvetandet och att den därför kräfver särskild uppmärksamhet och ingående undersökning. Gemensam är ock den uppfattning, att det icke är aflåtelsehandlingen i och för sig, utan först sedan den kommit eller åtminstone kan präsumeras hafva kommit till adressaten eller till adressatens kännedom (: ingått i hans medvetande), som är rättsbildande, och att sålunda anbudet i allt fall icke är en fullständig rättshandling, utan kräfver medverkan af annan person, låt vara att denna medverkan icke framträder i yttre påtaglig handling och således än mindre kan karakteriseras såsom själf en rättshandling[2]. Gemensam är slutligen den uppfattning, att den genom anbudet skapade rätten icke blir definitiv för anbudstagaren utan dennes vilja och medverkan och därför fordrar en handling af honom. Däremot gå åsigterna i sär, då fråga blir om det nödvändiga sättet för denna viljas uttryckande och vidden af dess rättsverkningar; och det är särskildt två hufvudriktningar, som här äro att uppmärksamma.

Den ena har sitt upphof i den tyska fast rotade öfvertygelsen om »Vertrag» och samtycke såsom nödvändiga förutsättningar för ett härledt förvärfs rättsgiltighet. Denna riktning fasthåller sålunda,

[1] Jfr Jul. Lassen's öfversigtliga och vägledande framställning af aftals- och löftesteorierna och deras särmärken, i *T. f. R.* I: 103—120.

[2] Huruvida rättsärendet alltså bör anses som enkelt eller sammansatt torde vara ovisst. Jfr Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 110, 111.

må vara inkonsekvent, aftalet såsom särskildt och verkligt rättsinstitut. Sålunda har i fråga om aftal i egentlig mening (obligatoriska aftal) Koeppen skarpt betonat[1] såväl anbudets som antagandets karakter af hvar för sig självständiga rättsärenden och likaså framhållit, att »das Versprechen des Offerenten macht den Oblaten zum creditor conditionalis», hvarefter den sistnämde har att genom sitt antagande, resp. afslående af anbudet bringa aftalet liksom rättsförhållandet till perfektion resp. göra dem om intet: »Mit der Offerte nehmen zugleich der Contract und die Obligation ihren Anfang, und mit der Acceptation werden beide zugleich perfect; es coincidirt die Vollendung des Rechtsgeschäfts och des Rechtsverhältnisses». Men Koeppen framhåller å andra sidan lika skarpt[2], att anbudet alltid måste vara vilkoradt af antagande; i motsatt fall »ist es um desswillen keine Vertragsofferte», enär »wer sein Versprechen nicht von der Acceptation abhängig macht, giebt es nicht zum Zweck der conventio, er kann keinen Vertrag schliessen, sondern, wenn er inter vivos disponirt, nur durch Pollicitation eine Stiftung machen wollen». Koeppen har sålunda i själfva verket *förutsatt* aftalet såsom nödvändigt, men han har icke kunnat hos det samma uppvisa någon som helst egenskap, hvarigenom det i fråga om rättsbildande kraft skiljer sig från utfästelsen; tvärtom beror aftalet i detta stycket helt och hållet af anbudet och den omständigheten, att aftalet såsom rättsärende förklaras fullbordadt i och med antagandet, medför alldeles ingen rättsverkan utöfver den, som redan genom antagandet såsom faktum eller rättsärende framkallats, nämligen rättsförhållandets perfektion. Aftalet kan med andra ord, om Koeppen's teori är riktig, icke blifva annat än en kollektivbeteckning för de rättsärenden, hvilka för det *nödvändigtvis af ett antagande vilkorade* obligatoriska rätts*förhållandets* uppkomst *och* perfektion äro erforderliga.

Liknande synpunkter, men ej blott rörande obligatoriska aftal, utan s. k. aftal i vidsträcktaste (äfven oegentlig) mening eller öfverenskommmelser, och därför i vissa hänseenden modifierade, har Gardeike framställt[3]. Äfven han har emellertid *förutsatt* aftalet och inskränkt sig till att söka förklara dess struktur, utan att försvara dess existens såsom självständigt rättsfaktum: »Die Offerte hat den privatrechtlichen Zweck das Rechtsverhältniss aus dem Ver-

[1] Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 334 ff.
[2] Koeppen, a. st. s. 355.
[3] Gardeike, Verträge s. 47—84.

trage zu begründen». Häri ligger visserligen en sanning, i det att parternas afsigt verkligen är eller i allt fall kan vara riktad på uppkomsten just af ett rättsförhållande »aus dem Vertrage» såsom rättsfaktum, och Gardeike har äfven lagt märke därtill, att anbudet är ett uttryck ej blott »des Geschäftswillens des Offerenten», utan äfven för hans »besonderen Willen, dass der Geschäftswille zur Kenntniss des Oblaten gelangen soll», men detta oaktadt kan icke heller Gardeike's teori uppvisa aftalet, utan endast anbudet såsom grund för ett vilkoradt rättsförhållandes uppkomst och antagandet såsom grund för dess perfektion. Den kan med andra ord väl visa, när ett s. k. aftal föreligger, men icke, att eller hvilka särskilda rättsverkningar af det samma såsom »Willenseinigung» uppkomma.

Däremot skulle man kunna anse, att Schott, som själf insett, att Koeppen's aftalsbegrepp är liktydigt med aftalets uppgifvande, och som i motsats till Koeppen karakteriserar anbudet såsom »eine Rechtshandlung» icke »ein Rechtsgeschäft»[1], genom sitt skiljande mellan obligationens »subjektiva och objekiva existens» verkligen lyckats åt aftalet vindicera en fortfarande självständig betydelse trots anbudets antagna egenskap af rättsärende. Enligt honom[2] är aftalets »metaphysischer Vorgang» den, att debitor futurus A. inom sin rättssfer utformar och uttager ett rättsgodt och därpå ger åt detta genom sin anbudsförklaring en objektiv existens såsom konkret obligation, hvarefter creditor futurus B. genom sitt antagande har att, om han så vill, gifva denna objektive redan existenta obligation äfven en subjektiv existens, d. v. s. för sig förvärfva den samma genom att föra den öfver från gränsen af A:s rättssfer, dit A. fört den genom sitt anbud, in i sin egen. Onekligen är denna bild målande[3], och onekligen erhåller aftalet på detta sätt den betydelse, att det samma genom antagandet, som icke i och för sig, utan endast i förening med anbudet, d. v. s. såsom moment i ett aftal, kan vara giltigt, blir grund för obligationens subjektiva uppkomst. Men härmed är icke mycket vunnet, för såvidt obligationen redan, aftalet förutan, erhållit »objektiv existens», enär den samma i så fall måste anses såsom ett för sig tillvarande rätts-

[1] Schott, Oblig. Vertrag s. 213, 169.

[2] Jfr Schott, Oblig. Vertrag, s. 56 ff.

[3] Huruvida det är Schott's mening, att framställningen blott skall vara en bild eller verkligen beskrifva en faktisk process, såsom Schlossmann, Vertrag s. 141, synes antaga, är på det hela likgiltigt.

godt, hvilket genom A:s viljeförklaring gjorts från hans rättssfer afskiljbart och sålunda blott behöft af B. tillegnas: härtill erfordras intet aftal, ingen kausalnexus mellan anbud och antagande. Emellertid måste bestridas, att någon »objektiv existens» förefinnes för obligationen ifråga före dess tillblifvande i »subjektiv existens»-form[1]. Vore nämligen obligationen genom A:s på visst sätt bestämda anbud till B. — utan att anbudet är bestämdt, är det heller icke anbud — vordet ett för sig bestående rättsgodt, så måste detta medföra, antingen att A. blefve genom det konkreta anbudet till B. bunden till en motsvarande handling öfver hufvud till hvem det vara månde, något som dock tydligen icke får inläggas i anbudet, eller ock att A. kunde, därest han ångrade, att anbudet gjorts till B., i stället åt C. erbjuda den därigenom »objektiv existens» egande obligationen att till B. eller i allt fall i B:s intresse gifva eller göra något — ty härpå gick anbudet ut — d. v. s. disponera öfver ett rättsgodt, som endast för så vidt det stått och står till B:s disposition har »objektiv existens» och som sålunda, i samma ögonblick detta ändras, självt försvinner och upplöses. Den riktiga slutsats, man häraf kan draga, är den, att enär anbudet till C. sålunda endast skulle kunna skapa en ny obligation, anbuden såväl till B. som till C. alldeles icke gifva »objektiv existens» åt någon som helst obligation, utan allenast skapa en exi-

---

[1] Annorlunda ställer sig saken med afseende på en utfästelse såsom ensidigt rättsärende, t. ex. utfärdandet af ett löpande skuldebref (»till innehafvaren häraf betalar jag etc»), så framt den genom utfästelsen potentielt skapade fordringen upphört att ligga inom aflåtarens faktiska maktområde. Obligationen har genom afhändandet erhållit en objektiv existens till följd af bundenheten vid papperet, men kan naturligen icke blifva verksam, innan den af någon upptages och göres gällande, d. v. s. tillika erhåller subjektiv existens. Att däremot, såsom Nordling, Allm. Del. s. 188, 190, synes hålla före, en enkel aflåtelse öfver hufvud såsom rättshandling och afgifven under sådana omständigheter, att däri »framlyser afsigten till omedelbar rättsöfverlåtelse», men som dock icke omedelbart af någon upptages och ej försinligats i yttre mått annat än genom talade ord, skulle anses därigenom rättsgiltig, förefaller mig icke öfverensstämmande med det allmänna rättsmedvetandet; orsaken härtill torde vara den, att en dylik aflåtelse omedelbart blott kan hafva en faktisk betydelse, hvilken kan af den handlande när som helst upphäfvas, så länge den ej bevisligen af annan behörig person upptagits; annorlunda dock, om aflåtelsen sker i sådan form, som lagen möjligen föreskrifvit för ett ensidigt rättsärende och dess rättsverkan, t. ex. »Auslobung» enligt *Ty. B. G. B. art. 657.* — Ang. Schott's »objektives und subjektives Recht» i detta sammanhang, se ock Bekker i *Krit. V. J. S.* XV: 549.

stensmöjlighet för en sådan[1]; A:s dispositionsakt genom anbudet medför blott en möjlighet till rättsförändring, men åvägabringar den ej, icke ens vilkorligt, liksom den ej heller på minsta vis i och för sig ändrar förhållandet till B. eller C.

Den andra hufvudriktningen åter, som har sina förnämste anhängare och sina egentliga förutsättningar inom den danska rättsvetenskapen[2], har helt och hållet lämnat aftalet såsom rättsärende ur räkningen[3]. Denna riktning utgår från åsigten om nödvändigheten af »at der i den økonomiske Virksomhed kan stoles paa Løfter», och härleder härur satsen, att redan det erhållna anbudet, löftet, »skaber den ved Løftet tilsagte Ret for Adressaten», under det att antagandet endast »bevirker, at den ved Løftet erhvervede Ret fra at være en afslaaelig Ret bliver en blot opgivelig», dock med det tillägg, att det »beror paa Løftegiverens Forgodtbefindende», huruvida och i hvilken form ett antagande är nödvändigt, d. v. s. att antagandet kan, men måste ej göras till vilkor för anbudstagarens rätt i följd af anbudet; dennes viljeförklaring är alltså ett blott negativt vilkor[4]. En något afvikande uppfattning har dock vid sidan häraf framträdt, i det att inom litteraturen äfven den åsigt gjorts gällande[5], att det af »Princip et om Vedkommendes Raadighed over sin Retssfære» följer såsom naturligare och riktigare, att »Akcepten er nødvendig som legal positiv Betingelse for den fulde Rets Erhvervelse, men ogsaa kun derfor». Denna skilnad har väl af dess såväl anhängare som motståndare ansetts vara högst oväsentlig, men enligt min tanke ligger dock däri en principiel olikhet, hvars upp-

[1] Jfr Siegel, Versprechen s. 45.

[2] Jfr Almén, Auktion II: 106 not. 2, s. 215. — Inom den tyska litteraturen intager Marsson, Vertragsofferte s. 86 ff., och väl äfven Krückmann, Vertragsschluss, s. 4 ff., 18, 56 ff., 65, 66, jfr dock s. 16 ff., 98, 110 ff., en denna riktning motsvarande ståndpunkt; som förelöpare kan knappast Siegel's Versprechen (se sid. 45) anses, då denne förf. icke förnekar aftalet, utan blott vid dess sida vill vindicera en plats åt utfästelsen.

[3] Naturligtvis kan ändock beteckningen aftal eller kontrakt förekomma, men därmed förstås i så fall endast sammanfattningen af de rättshandlingar, som medföra perfektion åt det af en ensidig viljeförklaring, hvars afgifvare gjort sin förpligtelse vilkorad af anbudstagarens antagande af densamma, uppkomna rättsförhållandet, eller ock, såsom hos N. Lassen, Villien s. 38 ff, 99, 100, hvarje rättsärende, som för sin giltighet förutsätter medverkan af annan endast i form af innehållets i viljeförklaringen upptagande »i den medvirkendes Bevidsthed».

[4] Jfr Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 111, 113, 116, i anslutning till Aagesen, Rom. Ret I: 205 ff., m. fl. arbeten.

[5] Jfr Goos, Alm. Retslære I: 222—224.

märksammande tör vara väl egnadt att föra öfver till en riktigare uppfattning af aftalet särskildt i dess materiella begreppsbetydelse.

Erkänner man nämligen med Goos, »at Vedkommende er Herre over sin Retssfære, og at der derfor ikke kan paatvinges ham Rettigheder» — och detta synes mig vara axiomatiskt klart hvad beträffar förmögenhetsrättsliga privatdispositioner — så är det ock omöjligt att genom ett anbud från A. någon som helst rätt till den genom anbudet tillsagda handlingen uppstår för B. Detta anser likväl icke Goos, som härom yttrar i fortsättningen: »Der er ingensomhelst Grund til at give Principet den Betydning, at det meddelte Løfte end ikke kan skabe en af Akcepten betinget Ret. Derved overføres nemlig intet reelt Retsgode uden Personens Vilje til ham; det anerkjendes netop kun, at denne Adgang til at erhverve, ifald han vil (indenfor visse Tidsgrænser), er en Ret for ham. Der paatvinges ham Intet, fordi Betingelsen er hans egen Vilje». Emot denna bevisföring måste först och främst invändas, att om för mig skapats en vilkorlig rätt till en viss sak eller öfver hufvud ett rättsgodt af hvad slag det vara må, så kan jag visserligen icke definitivt, men väl vilkorligt disponera däröfver, ehuru vilkoret ännu sväfvar; detta åter kan icke betyda annat, än att min förutvarande rättssfer redan blifvit utvidgad, låt vara blott potentielt, ej aktuelt, men i allt fall utvidgad och härvid har det ingen betydelse, om vilkoret ligger i min vilja eller i något annat, utom så till vida, att i förra fallet den vilkorliga dispositionen kan medföra ansvarsföljder, som i det senare uteblifva (om den t. ex. afser det vilkorligt förvärfvade rättsgodas afhändande till tredje man eller dylikt). Huruvida ens en dylik vilkorlig utvidgning af min rättssfer skall kunna ske genom annans privatdisposition utan att komma i strid med principen om hvars och ens rådighet öfver egen rättssfer, därom kunna möjligen olika tankar råda, men mig synes svaret gifvetvis böra vara nekande.

En väsentligare invändning är emellertid ock att göra. Den rätt, som anbudstagaren genom anbudet skulle kunna erhålla, är nämligen *icke* en (vilkorlig) rätt till en genom anbudet gjord utfästelse, utan, såsom ock Goos' egna ord antyda, en legal »Adgang til at erhverve», en rätt alltså att förvärfva den tillsagda handlingen eller, för att använda Nordlings uttryck[1], en rätt »att genom

[1] Nordling, Allm. Del. s. 203. — Jag kan ej underlåta att här erinra om hvad Karlowa, Rechtsgeschäft s. 18, i afseende på denna fråga yttrat och hvari, så vidt jag kan se, lösningen ligger klart angifven; hans ord lyda (med kursivering af mig): »Die vollendete und, wo es sich um formelle

antagande bringa det afsedda rättsförhållandet till stånd, icke den rätt, som för honom eger rum, då detta rättsförhållande är genom anbudets antagande bragt till stånd». Men denna »Adgang til at erhverve» är antingen en ovilkorlig om än temporär förvärfsrätt till den vilkorade eller icke vilkorade aflåtelsen eller ock ingen verklig rätt alls, utan en blott faktisk möjlighet, och den beror framför allt icke af anbudet såsom privatdisposition, utan af lagen.

I det typiska rena aftalet innebär nämligen anbudet strängt taget ingenting annat än 1:o) ett *meddelande*, att anbudsgifvaren är villig att tillsammans med anbudstagaren företaga ett visst rättsärende till åvägabringande af ett närmare angifvet och såsom veladt betecknadt förhållande dem emellan och att för detta ändamål mot sig åt anbudstagaren inrymma en viss befogenhet eller öfver hufvud att för ändamålet göra en viss aflåtelse, om anbudstagaren vill tillegna sig den samma; samt tillika 2:o) en *dispositivakt*, hvarigenom anbudsgifvaren själf, under förutsättning af inbördes samförstånd och af anbudstagarens samtycke, binder denne till framtida aflåtelse af ett närmare angifvet rättsgodt (pålägger denne en vilkorlig afllåtelse) samt bemyndigar anbudstagaren att med anledning häraf genom en sig därtill egnande handling pålägga anbudsgifvaren nämda motaflåtelse. Eller med andra ord, anbudet är *dels* ett proponerande = en uppfordran till antagande af de normer, som enligt anbudsgifvarens vilja skola reglera det tilltänkta förhållandet mellan anbudstagaren och honom själf, *dels* en dispositivakt, hvarigenom anbudsgifvaren för sin del samtycker till och pålägger samma normer såsom helhet[1].

Geschäfte handelt, in der gehörigen Form abgegebene Offerte steht auch schon unter einer gewissen Herrschaft des Rechts. Sie begründet eine Gebundenheit des Offerenten, von der es vorläufig dahingestellt bleiben mag, ob sie widerruflich oder unwiderruflich ist. *Aber die durch die Offerte bewirkte Gebundenheit ist wesentlich von der durch die vollendete Geschäftserichtung bewirkten verschieden.* Diese letztere begründet, wie wir gezeigt, eine Gebundenheit der Parteien bezüglich des Eintritts der beabsichtigten Rechtswirkung z. B. der Entstehung des intendirten Rechts. *Die vollendete Offerte dagegen bewirkt eine Gebundenheit des Offerenten bezüglich des Zustandekommens des Geschäfts durch* die Acceptation des Oblaten». Härtill har Karlowa, anf. st. s. 19, såsom invändning mot Siegel, Versprechen s. 56, fogat en not 1 af följande fullt riktiga innehåll: »An eine obligatorische Gebundenheit *(zu einer noch vorzunehmenden Handlung)* ist nicht zu denken. Die Offerte kann also *nicht* bezeichnet werden als eine *pollicitatio de contrahendo*». Jfr ock Marsson, Vertragsofferte s. 18.

[1] Jfr Regelsberger-Endemann, Handbuch II: 452.

Om sålunda, med användande af ett af Nordlings exempel[1], A. afger till B. ett anbud af detta innehåll: »Jag erbjuder mig att sälja min häst Brunte för 500 kronor», så innebär detta först och främst ett meddelande, att A. är villig att med B. afsluta ett köpeaftal, för tillfället icke något annat rättsärende, för att därigenom hos A. erhålla en fordran å 500 kronor — icke för att åstadkomma en öfverlåtelse af Brunte, hvilket naturligen blott är ett medel härför — och att för detta ändamåls vinnande inrymma B. en af motaflåtelse, nämligen utfästelse att betala 500 kronor, vilkorad rätt att af A. fordra öfverlåtelsen af Brunte; och för det andra en dispositiv akt, hvarigenom A. under förutsättning af B:s samtycke pålägger B. att erlägga 500 kronor och samtidigt inrymmer åt B. befogenhet att i enlighet med nämda meddelande, och under förutsättning af samförstånd rörande förhållandet ifråga, genom en sin tillegnelsehandling binda A. till öfverlåtelsen. I denna dispositivhandling af anbudsgifvaren A. förklarar nu den objektiva rätten från samhällets synpunkt en tillräcklig grund ligga för anbudstagaren B. att anse sig kunna, om han så vill, vid anbudet fästa sitt intresse och företaga den dispositivakt, tillegnelsehandlingen, hvartill han blifvit af A. uppmanad eller uppfordrad. Men den objektiva rätten gör *icke* anbudet till en tillräcklig grund för B. att anse sig redan därigenom hafva erhållit vare sig rätt till den vilkorade öfverlåtelsen eller, om A. skulle genom en ny dispositivakt på egen hand återtaga sitt bindande af B. och därmed sitt samtycke, ens en rätt att binda A. Anbudet blir med andra ord ett rättsfaktum, eller, enär viljeförklaringens riktning på tillegnelsens möjliggörande är för dennas inträde såsom rättsverkan väsentlig, en rättshandling, hvarvid anbudstagaren *kan* fästa sitt intresse och på grund däraf tillförbinda A., men skapar icke tillika en af rätten skyddad och upprätthållen möjlighet för B. att mot en A:s senare behöriga viljeförklaring i motsatt riktning så göra, alltså icke någon subjektiv rätt i egentlig mening (: anspråk mot samhället). A:s anbud är nämligen såsom aflåtelse endast en condicio sine qua non för rättsärendet, men icke detta rättsärende självt. Bortfaller före dess åvägabringande grunden därför, A:s uttryckta förvärfsvilja, så finnes ingen rationel anledning att låta aflåtelseförklaringen såsom vilkor för denna viljas af privatdisposition beroende förverkligande likväl framtvinga ett aftal. Sant är väl, att lagstiftningen stundom förklarat anbudet

[1] Se Nordling, Allm. Del. s. 201.

till en frånvarande under viss tid oåterkalleligt, men detta innebär ingen principiel afvikelse, utan tvärtom ett erkännande af anbudets principiella återkallelighet, förbunden med uppställandet af en på omständigheterna grundad legal inskränkning till tiden i anbudsgifvarens revokationsrätt, och vanligen af en, denna inskränkning kompenserande präsumtion, att anbudsgifvaren därefter icke längre vill vara och därför heller icke är af sitt gjorda inrymmande bunden[1].

[1] Emot Krückmann, Vertragsschluss s. 4 ff., måste — under erkännande af riktigheten i hans skiljande mellan »Verpflichtung aus der Thatsache des Offieriens und Verpflichtung gemäss des Inhaltes des Antrages» (sid. 115) — fasthållas, att anbudsgifvaren icke binder sig själf och att viljeförklaringen i anbudet icke är riktad på en »einseitig bindande Uebernahme der Verpflichtung, durch die Annahme des Antrags eine dem Inhalt desselben entsprechendo Rechtsveränderung geschehen zu lassen» (s. 18), utan på egen vilkorlig tillegnelse, men att lagen, enär en privatdisposition föreligger, hvarvid annan kan med fog fästa sitt intresse, ålägger en sådan förbindelse såsom legal följd däraf och möjligen därjämte en legal pligt att icke återkalla. Redan Siegel, Versprechen s. 20 ff., 42 ff., har genom uppställandet af skilnaden mellan »ein Versprechen zu halten» (= »Gebundenheit an's Wort») och »Versprochenes zu leisten» hänvisat på den rätta lösningen af frågan, ehuru denna i viss mån fördunklades därigenom, att han tillika förklarade bundenheten vid ordet bestå i en underlåtenhetspligt »und zwar mit der Wirkung, dass ein Zuwiderhandeln rechtlich bedeutunglos ist». En sådan rättsverkan *kan* visserligen tänkas såsom af lagen uppställd och blir en *faktisk* följd af för sent återkallande, men den närmaste och principiella påföljden af ett återkallande lagens eventuella förbud eller giltig egen privatdisposition till trots, ligger dock ej däri, utan i den verkan, som gemenligen följer af ett rättsvidrigt handlande: skadeståndsskyldighet. Om sedermera denna genom uttryckligt lagbud fastställes till »det positiva kontraktsintresset», jfr N. Lassen, Villien s. 33 ff., så kan denna omständighet dock icke förändra förhållandets natur eller gifva anbudet en annan karakter än om skadeståndet på annat sätt fixerats. Det torde därför heller icke vara riktigt, hvad Windscheid, Pandekten § 304 Note 12, och i anslutning till honom Jul. Lassen, i *T. f. R.* I: 255, mot den af Siegel uppställda skilnaden, om än måhända mot hans formulering däraf, invändt, nämligen att, om ett gifvet löfte icke kan återtagas, så är det samma själft grund för uppfyllelseförbindelsen, och att hvad som därutöfver kan erfordras för denna förbindelses aktualisering, faller under kategorien vilkor. Om t. ex. A. och B. befinna sig tillsammans och A. kastar bort en sig tillhörig ring under förklaring att han icke vill hafva den och att B. kan taga den, så kan B. ingalunda sägas hafva därigenom ens vilkorligt förvärfvat ringen, utan härtill fordras en tillegnelse, äfven om lagen hindrade A. att återkalla nämda förklaring; likaså om A. icke kastade bort ringen, men förklarade sig vilja göra det, om B. i så fall toge upp den såsom sin. Eller, om A. erhållit skingringsförbud rörande så mycket af B. tillhörigt gods, som svarar mot en A:s fordran, och B. alltså är lagligen förhindrad att sälja eller skingra detsamma, så kan dock A. svårligen anses därigenom hafva vunnit

Antagandet åter innebär 1:o) ett konstaterande genom anbudstagaren af faktiskt samförstånd med anbudsgifvaren rörande normernas innehåll och 2:o) en, af anbudsgifvarens disposition föranledd och därpå såsom rättsfaktum stödd, dispositivakt i form af ett samtyckande till och påläggande af samma normer såsom helhet, eller en tillegnelseförklaring beträffande det rättsgoda, till hvars motaflåtande anbudsgifvaren genom sin dispositivakt förklarat sig villig, och hvars tillegnande därigenom blifvit för anbudstagaren möjliggjordt. Denna möjlighet är emellertid vilkorad däraf, att anbudstagaren förblir af anbudsgifvaren bunden; endast så länge det i anbudet liggande vilkorliga tillbindandet icke upphört, föreligger för honom tillegnelsemöjligheten, hvilken sålunda blott vid legal oåterkallelighet är en rätt, men då ock en ovilkorlig rätt, ehuru, väl att märka, en omedelbart af rätten gifven och vid anbudet såsom rättsfaktum knuten temporär rätt. Grunden till *denna* rätt kunde möjligen sägas vara nödvändigheten af att kunna lita på en annans ord, om än en dylik formulering vore mindre exakt[1], enär ytterst samfärdselns och samlifvets säkerhet är ett motiv till all rätt och rättsordning, men ej särskildt här. Det är icke löftet eller det gifna ordet i och för sig, utan snarare den hos hvarje ärlig och omtänksam man nödvändiga föreställningen därom, att löftestagaren kunnat upptaga detsamma och därvid fästa sitt intresse, som här kommer *de lege ferenda* i betraktande: har löftesgifvaren alls ingen anledning att tro eller tänka, det hans löfte fått något som helst värde för den, till hvilken det är ställdt, så bör han heller icke förblifva däraf bunden

---

ens en af lagsökning och utmätning vilkorad rätt i detta gods eller till betalning därur, utan blott en viss säkerhet *att* utmätningsbart gods eventuelt skall finnas. På samma sätt förhåller det sig med anbudet och det däri liggande löftet: aflåtarens bundenhet till att, där han ej i tid återkallar, låta sig bindas och eventuelt att icke återkalla ger förvärfvaren en rätt att tillegna sig detta ord eller löfte och en viss säkerhet att kunna så göra, men icke någon blott af tillegnelse vilkorad rätt att erhålla löftet uppfyldt, ej ens om aflåtelsen i och genom anbudet vore definitiv. — Så vidt åter ett anbud, som innehåller en utfästelse om väntetid, icke betraktas i sin förbindelse med aftalsärendet, skulle det möjligen i detta afseende kunna anses såsom en ensidig privatdisposition, hvars afsedda (negativa) verkan genom lagbud kan blifva äfven rättsgiltig, alltså ett ensidigt rättsärende af särskildt slag *på samma gång som* ett anbud. En dylik bundenhet vid eget ord är ett rent ensidigt förhållande, hvars åvägabringande icke kräfver annans medverkan; jfr härom Kohler i *Ar. f. bürg. R.* I: 304, 306 ff. — Om återkallelserätten se ock Valéry Des contrats s. 166 ff., Dolbeau Contrats s. 386 ff.

[1] Jfr ock Nordling, Allm. Del. s. 183.

vare sig moraliskt eller juridiskt. I hvarje fall beror hans bundenhet till prästation, där den blir rättsgiltig, icke af hans egen förklaring, utan af tillbindarens påläggshandling: antagandet är icke en blott »suppletorisk retsstiftende Kjendsgjerning», utan konstitutiv[1]. Har ett anbud om företagande af ett rättsärende till åvägabringande af ett visst förhållande afgifvits, så är det för det allmänna rättsmedvetandet otvifvelaktigt, att anbudsgifvaren måste, om han är en vir bonus, anse det såsom åtminstone möjligt, att anbudstagaren reflekterar på det i hans anbud liggande meddelandet, och i detta faktum har därför den objektiva rätten funnit tillräcklig grund för sitt medgifvande åt frånvarande anbudstagare af en under viss tid ovilkorlig rätt att med stöd af dispositionen i anbudet genom antagande binda anbudsgifvaren och därmed bringa aftalet såsom rättsärende till stånd, äfven om anbudsgifvarén skulle dessförinnan förklara sig ej vidare binda anbudstagaren: dispositionen såsom faktum kan nämligen ej göras ogjord[2].

Detta hindrar emellertid alldeles icke, att det ekonomiska samhällslifvets behöriga rättsreglering och säkerhet kan *vid sidan af aftalet* tarfva andra och kraftigare verkande medel[3] i form af ett ensidigt utfästelseinstitut af nödig enkelhet, åstadkommet genom upptagande och modifierande af det allmänt civilrättsliga aftalsanbudet, pollicitationen eller annan handling. Men därigenom kan dock icke aftalet upphöra såsom ett i och för den allmänna, icke yrkesmässiga privatsamfärdseln faktiskt användt och nödvändigt medel till åstadkommande af rättsförändringar genom privatdispo-

[1] Tvärtom Aagesen, Rom. Ret I: 170, 176. Riktigt Bekker, System II: 88.

[2] Af samma skäl kan ock — utan något fingeradt, jfr Almén, Auktion II: 214, tyst interimsaftal eller »garantiaftal», se t. ex. Schott, Oblig. Vertrag s. 98 ff., Regelsberger, Erörterungen I: 33 (annorlunda Regelsberger-Endemann, Handbuch II: 414, Note 8), Windscheid, Pandekten § 307, Note 5 (äfven ändring senare) — en anbudsgifvarens ersättningspligt antagas med afseende på den skada, anbudstagaren möjligen till följd af ett anbuds overksamhet genom anbudsgifvarens förhållande lidit: se härom öfversigten hos Bitter, Schadensersatz, Diss. Freib. i/B. 1896 s. 3—12, utförligare Thon i *Ar. f. civ. Pr.* LXXX: 63—102 och Melliger, Nichtige Verträge s. 4—22, 77—119, som därjämte genom uppställandet af sin »Veranlassungsprincip» s. 119 ff., synes träffat den rätta lösningen, jfr Sjögren, Schadenstiftung s. 53 ff., 78 ff. (Abdr. aus *Jb. f. D.* XXV). Om det negativa aftalsintresset se Ihering i *Jb. f. D.* IV: 1 ff., och bland nyare Melliger, a. a. s. 24 ff., 194 ff., Fritze, Unvollend. Willenserklär. s. 87 ff., Munch-Petersen i *T. f. R.* XI: 1—35, m. fl.

[3] Jfr Kohler i *Ar. f. bürg. R.* I: 289 ff., 298 ff. och härtill Maag, Vertragsschluss s. 26 ff.

sition. Ett dylikt från aftalet och aftalsanbudet skildt rättsinstitut bör dock med särskildt namn utmärkas, och då det samma närmast torde hafva betydelse för åvägabringandet af handelsaffärer, synes beteckningen *handelsoffert* vara därför synnerligen tjänlig[1]. Handelsofferten skall emellertid icke i detta sammanhang eller i denna afhandling blifva föremål för närmare undersökning.

5.

Kunna de båda rättshandlingar, hvaraf aftalet såsom rättsärende består, lämpligen betecknas såsom anbud och antagande, så länge fråga är om rätts*ärendets* åvägabringande, så blifva dock dessa beteckningar lätt vilseledande, därest de tillika skola angifva samma rättshandlingar i deras egenskap af medel för åvägabringande af det genom aftalet åsyftade rätts*förhållandet*. Ur denna synpunkt böra de hellre benämnas samtycke och tillbindande.

Att samtycket, consensus, eger nödvändigt sammanhang med aftalet, därom äro alla aftalsteoriens anhängare ense. Men när fråga blir om betydelsen och innebörden af detta samtycke, då gå meningarna i sär, om än den uppfattning synes vara allmän, att consensus och aftal äro på ett eller annat sätt tämligen synonyma begrepp. Öfver hufvud torde dock kunna sägas, att ännu icke någon uttömmande undersökning af consensus-begreppet blifvit utförd[2].

Utgångspunkten för den vanliga uppfattningen af consensusbegreppet torde få sökas i det förhållandet, att man, utan att skilja mellan samförstånd och flersidigt rättsärende och enär för ett aftal med nödvändighet förutsättes samförstånd, ansett, att åvägabringandet af samförstånd vore liktydigt med rättsärendets åvägabringande, och att sålunda, sedan detta samförstånd betecknats såsom consensus, den moderna rättens trossats: obligatio consensu

[1] Marsson, Vertragsofferte s. 96, har riktigt insett, att den moderna offerten med utfästelsekarakter upplöser sig i ett nytt rättsärende, som han kallar »Antrag» till skilnad från det gamla »Vertragsantrag»; namnfrågan är för öfrigt likgiltig. — Angående faktiska utfästelseärenden se Stobbe, Deut. Privatrecht III: 99 ff, Siegel, Versprechen s. 53 ff.; jfr Mannesmann, Einseit. Versprechen, s. 31 ff.

[2] Jfr dock Leonhard, Irrthum I: 1 ff., 11 ff. En nyare monografi af Fritsche, Bedeutung von consensus und consentire, Diss. Gött. 1888, är mest beaktansvärd såsom materialsamling för ett närmare källstudium rörande nämda begrepp, men alltför »psykologisk» för att kunna lösa den juridiska frågan.

contrahitur, tydligen gåfve vid handen identitet mellan aftal och consensus. Men som man icke kunnat undgå att samtidigt inse, det samförstånd utan viljeförklaring rakt ingenting förmår, har steget, synnerligast som man ju redan i anbudet ansett sig ega en afgifvaren bindande viljeförklaring, icke varit långt till identifierande af samtycket, consensus, med den akt, hvarigenom det samma kommit till stånd, — denna må sedan hafva på olika sätt af olika författare angifvits — och alltså gjort samtycket = antagandet såsom samförståndskonstaterande[1]. Detta var dock att helt enkelt vända upp och ned på verkligheten och kunde därför icke leda till annat än oriktiga resultat. Ur denna synpunkt är ock Schlossmann's kritik af konsensteorien[2], så vidt jag kan finna, ovederlägglig, och däraf följer, att den moderna rättens lära: obligatio consensu contrahitur, är i den mening, detta uttryck vanligen tages (»Willensübereinstimmung», »Willenseinigung»), felaktig.

Helt annorlunda gestaltar sig däremot förhållandet, om man ställer sig på den ståndpunkten, att med afseende å rättsförhållandet antagandet är = samtycke att låta sig bindas, icke att binda eller att mottaga, och att sålunda samtycket afser icke samförståndet, utan påläggandet och därför egentligast ingenting annat är än en särskild beteckning i särskildt syfte såväl af den rättshandling, som med afseende på rättsärendets åvägabringande kallats anbud, som ock på samma sätt af den, som därvid benämnts antagande. Visserligen kan ej härigenom satsen: consensu obligatio contrahitur, i dess gamla betydelse erhålla nytt lif, men någon förlust torde detta icke vara, helst om man erhåller något annat och bättre i stället. Och det behöfves ej heller mer än en till det yttre ganska obetydlig förändring, för att satsen skall blifva fullt riktig och dessutom i hög grad egnad att angifva den rätta lösningen af frågan rörande consensusbegreppet. Denna förändring skulle gifva satsen följande utseende: et mutuo consensu obligatio contrahitur.

Tänker man sig t. ex. i det förr anförda exemplet rörande ifrågasatt försäljning af hästen Brunte för 500 kronor, att köpeaftalet verkligen kommit till stånd, så innebär det sålunda uppkomna rättsförhållandet mellan säljaren A. och köparen B., att

[1] Jfr t. ex. N. Lassen, Villien s. 38 ff., 52 ff; Kühn i *Jb. f. D.* XVI: 40 ff,; Sohm i *Zt. f. H.* N. F. II: 17, 81, v. Scheurl i *Jb. f. D.* II: 250; Regelsberger Erörterungen I: 13, 26; Windscheid § 305 Note 2.

[2] Schlossmann, Vertrag s. 51—80.

A. har rätt att af B. fordra öfverlåtelse af 500 kronor, och B. rätt att af A. fordra öfverlåtelse af hästen Brunte. Detta förhållande grundar sig faktiskt på det mellan A. och B. fullbordade rättsärendet, köpeaftalet, och har af rättsordningen gjorts till ett rättsförhållade. Frågan är alltså den: huru har detta skett och kunnat ske? Härpå kan blott gifvas det svar, att då rättsordningen erkänt såväl A:s dispositionsrätt öfver den honom tillhöriga hästen Brunte och B:s öfver de honom tillhörande 500 kronorna, liksom ock A:s rätt att råda öfver sin rättssfer och B:s att råda öfver sin, så kan grunden till det senare erkännandet af A:s rätt till öfverlåtelse af de 500 kronorna och B:s till öfverlåtelse af hästen Brunte icke vara att söka i annat än de dispositionsakter, som af A. och B. företagits. Den fordringsrätt, som B. sålunda nu säges hafva mot A., måste följaktligen stödja sig på någon B:s handling, hvarigenom han lagligen tillegnat sig denna fordringsrätt och indragit den inom sin rättssfer, och en sådan tillegnelsehandling föreligger ock, nämligen i det moment af den antagandets rättshandling, hvilken innebar att tillbindande från B:s sida af A, och hvars lagliga giltighet såsom tillegnelsehandling beror därpå, att den föranledts af och skett med A:s *i anbudet uttryckta samtycke*. Å andra sidan stödjes A:s fordringsrätt mot B. af det rättsfaktum, att A. i sitt anbud såsom vilkor för detta sitt samtycke uppställt erhållandet af B:s samtycke till A:s tillegnelse just af ifrågavarande fordringsrätt mot B d. v. s. B:s *tillbindande* genom A:s anbud, och att B. genom sitt *antagande* af A:s vilkorade anbud verkligen *samtyckt och ingått* härpå och sålunda medgifvit och lofvat A. en dylik tillegnelserätt[1]. Häraf skulle emellertid till synes på sin höjd kunna dragas den slutsats, att A. sålunda på grund af B:s antagande erhållit en rättslig möjlighet att tillegna sig fordringsrätten mot B., men icke att han kunnat redan göra det. Och vid aftal mellan privatpersoner i icke-yrkesaffärer torde ock denna uppfattning vara den allmänna: där fordras verkligen, för att det ömsesidigt tillbindande aftalet skall blifva ansedt såsom definitivt, en särskild ytterligare tillegnelseförklaring från A:s sida, hvarigenom såväl aftalet som det därpå bygda rättsförhållandet först anses åvägabragt. Denna uppfattning är dock icke nödvändig. Tvärtom måste prin-

[1] Vid ett ensidigt aftal i blott formell begreppsbetydelse är anbudet = samtycke, om det utgår från den förpligtade, eljes antagandet. — Att man möjligen skulle äfven här kunna anse båda parterna förpligtade, se Bierling, Jurist. Principienlehre II: 147 Note 6.

cipiellt, såsom ock ofta sker synnerligast vid yrkesaffärer, men äfven eljes på grund af omständigheterna, uttrycklig lag eller viss sedvänja, den i anbudet från A. liggande uppmaningen till B. att genom antagande samtycka och utlofva äfven innebära en verklig dispositionsakt från A:s sida, hvarigenom han, så vidt på honom beror och under vilkor af B:s samtycke, pålägger B. den aflåtelse, för hvars erhållande A. själf samtyckt till en viss motaflåtelse. Antagandet från B:s sida är alltså vilkoret för B:s *rättsliga* bundenhet och tillika det rättsfaktum, hvaraf A:s dispositiva och rättsliga bundenhet enligt anbudets innehåll är beroende.

Det ömsesidiga aftalet blir alltså slutet och rättsförhållandet begynt i följd af antagandet-samtyckandets rättshandling, ehuru i det rent privata samlifvet mellan människor parterna för full säkerhets skull pläga göra till privatdispositivt vilkor — uttryckligt eller genom den tolkning det allmänna föreställningssättet ger åt deras handlingar — att äfven anbudsgifvaren *konstaterat* aftalets tillvaro, något som ofta sker, sedan anbudstagaren samtyckt, genom ett uttalande från anbudsgifvarens sida såsom t. ex. »vi äro alltså öfverens», »aftaladt alltså» o. s. v.[1]. Uppenbart är sålunda, att samtycket, consensus, för rättsförhållandets uppkomst har den allra största betydelse, nämligen därigenom att anbudets antagande, h. e. aftalets faktiska åvägabringande, aktualiserar kontrahenternas ömsesidiga samtycke till hvarandras dispositionsakter, d. v. s. bringar dessa dispositionsakter till faktiskt slut: först vid den fullbordade dispositionsakten är det som rätten, där den eljes principiellt medger privatdisposition, kan knyta den verkan, att en med dispositionen afsedd förändring erkännes såsom rättsförändring[2]. Visserligen innebär redan anbudet äfven en fullbordad dispositionsakt, nämligen i fråga om anbudsgifvarens samtycke, men då detta är rent negativt (: undanrödjande hindren för anbudsgifvarens bindande genom anbudstagaren) kunna ock därvid endast negativa rättsverkningar knytas. Likaså innebär äfven antagandet, väl icke

[1] Sådant liksom handslaget kan anses såsom uttryck för ett särskildt »Anerkennungsvertrag», afsedt att genom sin enkelhet och klarhet ställa rättsärendets faktiska åvägabringande utom allt tvifvel. Naturligtvis kan handslaget äfven betraktas såsom form för aftalandet, och i så fall uppstår en »Vertragsreproduktion» i och genom det samma. — Jfr Affolter i *Ar. f. bürg. R.* VIII: 11 ff.

[2] Detta utesluter ej, att det kan finnas »svævende Retstilstande», jfr Aagesen, Retsbeskyttelsen (Progr. Kbhvn 1871) s. 71, på grund af privatdisposition, men dispositionen måste äfven då först vara fullbordadt faktum.

ett nytt anbud[1], men ett samtycke att af annan person tåla ett pålägg eller redan vilkorligt skedt tillegnelseingrepp i egen rättssfer, hvilket antingen omedelbart genom antagandet eller strax efteråt genom konstaterande blir definitivt, och af denna anledning kan man med fullt fog säga, att obligatio et mutuo consensu contrahitur, i det att med mutuo consensu förstås de dispositionsakter dels af anbudsgifvaren, hvarigenom han samtycker till medpartens positiva handling, dels af anbudstagaren, hvarigenom han, i det han utför denna handling, d. v. s. tillbindandet, ock samtycker till anbudsgifvarens. Ur denna synpunkt och om man t. ex. särskildt vill framhålla, att den moderna rätten erkänner de romerska s. k. innominatkontrakten såsom rättsbildande aftal redan utan ensidig prästation, kan man ock med synnerlig fördel använda uttrycket: et mutuo consensu obligatio contrahitur, enär därmed riktigt framhålles, att redan den handling, som ger fakticitet åt mutuus consensus, d. v. s. anbudets antagande, äfven ger lif åt rättsförhållandet, utan att därför uttalats den oriktiga satsen, att samförståndet vore rättsgrund för det samma.

Då emellertid consensusbegreppet framför allt är af romerskrättsligt ursprung, torde den närmare framställningen däraf lämpligast ske i sammanhang med behandlingen af den romerska rättens aftalsbegrepp.

6.

Det återstår härefter blott en fråga att i detta sammanhang ytterligare besvara, och det är frågan om den rationelt riktiga tidpunkten för rättsförhållandets uppkomst. Denna tidpunkt bör naturligen icke godtyckligt eller efter några allmänna teoretiska spekulationer bestämmas, utan måste härledas ur de satser rörande aftalet, som i det föregående uppvisats såsom riktiga.

---

[1] Detta är dock en ej ovanlig föreställning; så t. ex. hos Schott, Oblig. Vertrag s. 94 ff., Gardeike, Verträge s. 77, 83, däremot skarpt Karlowa, Rechtsgeschäft s. 26. En annan lika oriktig föreställning kommer till synes i uttrycket anteciperadt antagande, som t. o. m. Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 352, anser lämpligt, men som af Regelsberger, Pandekten I: 547 Note 4 med fullt fog utdömts; en tredje är den, som antager uppkomsten af ett aftal på grund af två likalydande, hvarandra korsande anbud, se t. ex. Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 382 ff, äfven Dolbeau, Contrats s. 241 ff., Valéry, Des contrats s. 202 ff., däremot Schott, Oblig. Vertrag s. 60 ff.

Häraf följer till att börja med såsom självklart, att tidpunkten i fråga måste sammanfalla med tidpunkten för den handling, genom hvilken aftalet kommer till stånd och såsom rättsärende afslutas. Ligger denna handling, enligt hvad ofvan utvecklats, i det samtyckta senare tillbindandets dispositionsakt, och är alltså denna akts behöriga fullbordande principiellt liktydigt med aftalets fullbordande, så är det ock tidpunkten härför, som måste blifva terminus a quo för rättsförhållandet. Men då vidare det samtyckta tillbindandet såsom rättshandling är en socialt verksam viljeförklaring, och hvarje sådan först genom att erhålla ett samhälleligt uppfattbart uttryck i tal, skrift eller handling blir till, så är uppenbart, att svar på frågan endast kan erhållas genom att först besvara den allmännare frågan: *när* har en öfver hufvud såsom giltig erkänd viljeförklaring erhållit ett rättsligen relevant uttryck?[1].

Härvid bör skiljas mellan två fall, det ena då viljeförklaringen icke är riktad till bestämd person, det andra då den däremot är riktad till bestämd person. I förra fallet torde enligt gängse föreställningssätt förklaringen böra anses som fullbordad och afgifven, så snart dess fixerbara innehåll genom dispositionsakten blifvit så frigjordt från vidare beroende af den förklarandes disposition, att denne antingen icke vidare kan däröfver disponera eller eljes i allmänhet såsom en vir bonus måste anse den andre befogad att därvid fästa sitt intresse och genom sin disposition draga det inom sin rättssfer. I senare fallet åter, då förklaringen är riktad till bestämd person, d. v. s. *skall* bringas till uttryck för denne, skulle dess syfte tydligen förfelas, därest den ej nådde fram till denne, och följaktligen kan den icke sägas vara bragt till rättsligt uttryck eller vara såsom rättsfaktum fullbordad, förrän dess fixerbara innehåll genom dispositionsakten blifvit så frigjordt från beroendet af den förklarandes disposition, att den person, till hvilken förklaringen är riktad, samhälleligt måste anses satt i tillfälle att på grund af denna därvid kunna fästa sitt intresse och draga det samma inom sin rättssfer[2]. Den afgörande vigten ligger i intetdera fallet på den enstaka handling eller det moment i en fortvarande handling, hvarigenom förklaringen fixeras, utan vid den handling eller det moment i handlingen, hvarigenom dispositions*akten* fullbordas. Och därvid är det uppenbarligen icke nödvändigt

[1] Jfr ock Kühn i *Jb. f. D.* XVI: 1, Marsson, Vertragsofferte, s. 26 och särskildt Krückmann, Vertragsschluss s. 117 ff., 132 ff., hvars framställning i det hela synes fullt riktigt.

[2] Jfr Krückmann, a. a. s. 125—127.

att den förklarande är oafbrutet och aktivt verksam, utan hans handlande kan ock bestå i ett passivt förhållande, vare sig alltigenom eller delvis. Slutligen behöfva ej heller de medel, hvaraf den förklarande betjänar sig, uteslutande bestå i handlingar af honom själf, utan han kan därjämte anlita andra personers medverkan, utan att *därför* — men möjligen på annan grund, t. ex. särskildt aftal med dessa personer eller gällande allmänna föreskrifter o. s. v. — förlora den principiella dispositionsrätten öfver sin förklaring tidigare än eljes skulle hafva varit händelsen. För tidpunktens säkra bestämmande, särskildt med afseende på aftal, är det därför nödvändigt att skilja mellan olika fall, allt eftersom olika medel begagnats[1].

Huruvida antagandet-tillbindandets dispositionsakt skall vara eller icke vara riktad till bestämd person, det är så snart parternas dispositionsrätt erkänts en fråga, hvarå svaret i första rummet måste uppsökas ur innehållet i anbudet, sådant det in concreto föreligger. Däraf beror följaktligen om antagandet skall ske formlöst eller i viss form, uttryckligt eller genom konkludenta handlingar, om det skall ega karakteren af svar till anbudsgifvaren (direkt antagande), eller om det kan eller skall försiggå genom en anbudets innehåll motsvarande handling i riktning mot annan person (t. ex. beställda varors sändande till tredje man), eller utan riktning till bestämd person (t. ex. mottagande af enligt meddelande i anbudet afsända varor) o. s. v.[2]. Antagandet har i detta fall egt rum, d. v. s. den däri liggande dispositionsakten fullbordats, så snart den i anbudet föreskrifna handling blifvit såsom uttryck för samtycket utförd och kan såsom viljeförklaring anses fullbordad. Däremot torde en privatdispositiv förklaring, som gjorde hvarje svar öfverflödigt, icke kunna betraktas såsom ett aftalsanbud, utan är snarare en utfästelse, hvars giltighet måste bero dels af rättsordningens allmänna grundsatser rörande utfästelser, dels däraf, huruvida den skett i sådan form eller under sådana omständigheter, som möjligen för utfästelser erfordras, och öfver hufvud kan såsom verkligt menad utfästelse anses: i motsatt händelse synes

---

[1] Bestämmandet måste dock i hvarje fall ske efter samma grunder, jfr Regelsberger, Erörterungen I: 25. Kühn i *Jb. f. D.* XVI: 73. — Om medlen för en viljeförklaring, se Valéry, Des Contrats s. 33 ff., Ehrlich, Stillschw. Willenserklärung s. 27 ff.; om särskilda sätt för aftals uppkomst se Schott, Oblig. Vertrag s. 123 ff.

[2] Jfr Koeppen, i *Jb. f. D.* XI: 369 ff., Kohler i *Ar. f. bürg. R.* I: 296 fl.

den böra behandlas såsom anbud utan bindande privatdispositiv anordning rörande tiden och sättet för antagandets afgifvande. Med denna reservation kan man med Sohm väl anse[1] »als den Thatbestand der Annahmeerklärung die Realisierung des offerentischen Willens», men endast för det fall, att anbudet verkligen innehållit en af anbudsgifvaren behörigen gjord dispositiv anordning rörande sättet och tiden för antagandet-tillbindandets företagande och utförande[2]; har så icke skett, måste frågan afgöras efter andra grunder. Af samma skäl, hänsyn till dispositionsrätten, är det af synnerlig vigt, ehuru ofta in casu synnerligen svårt att afgöra, om ett ingånget meddelande öfver hufvud bör anses såsom uttryck för en dispositionsakt och därmed såsom ett anbud, eller om det blott innebär ett inledande steg till vidare underhandlingar, en förfrågan eller möjligen en uppfordran att afge anbud; här måste först fastställas gränsen mellan å ena sidan de förberedande förhandlingarne och deras preliminära resultat i form af punktationer och traktater samt å den andra slutakterna: samtycke-tillbindande i form af anbud och tillbindande-samtycke i form af antagande. Ju mera benägen en lagstiftning är för erkännande af formlösa öfverenskommelser såsom juridiska aftal, desto svårare men också nödvändigare är det att efter bestämda grunder afgöra, när ett blott samförstånd och när ett verkligt aftal kommit till stånd. Den svårigheten föreligger däremot mindre, om och när lagstiftningen fordrar särskild form, vanligen skrift, vare sig för aftalets giltighet eller blott för dess bevisning[3]. I förra fallet har aftalet icke kommit till stånd, förrän det samma fullständigt iklädts behörig form, och i det senare underlättar formen för bevisningen af dess existens äfven fastställandet af tiden för dess tillkomst, helst denna form oftast kan anses såsom en af kautelarjurisprudensen fordrad och genom privatdisposition velad form.

Beträffande åter tidpunkten för fullbordandet af antagandets dispositionsakt, när inga dispositiva anordningar härom blifvit af anbudsgifvaren träffade och aftalet ej heller är lagligen bundet vid viss form, torde man ock böra skilja mellan olika fall. Såsom ge-

[1] Sohm, i *Zt. f. H.* N. F. II: 101.

[2] Jfr Jul. Lassen, i *T. f. R.* I: 234, Kühn i *Jb. f. D.* XVI: 69 ff., Regelsberger-Endemann, Handbuch II: 445 ff., Krückmann, Vertragsschluss s. 78, 145.

[3] Huruvida de lege ferenda form bör anses eller icke anses som ett önskemål, är helt och hållet en af tid och omständigheter, folkseds och folkkarakter beroende lämplighetsfråga, jfr härom Fränkel i *Jb. f. D.* XXIV: 391 ff.

mensam regel gäller dock, att i regel ett uttryckligt svar torde erfordras — ej blott svar genom konkludenta handlingar.

Äro båda kontrahenterna tillstädes å samma ställe och omedelbara förhandlingar genom tal eller tecken dem emellan ega rum, så synes aftalet åtminstone såsom ömsesidigt tillbindande enligt det allmänna föreställningssättet, hvilket här bör vara afgörande, vara åvägabragt hvarken genom de antagande ordens blotta utsägande, eller genom deras uppfattande af anbudsgifvaren, utan först när antingen den sammankomst, hvaråt möjligen ärendet förhandlats, förklarats i denna del (t. ex. genom klubbslag vid auktion) afslutadt, eller, där formlösa förhandlingar egt rum, när anbudstagaren gifvit tillkänna medvetande därom, att anbudsgifvaren uppfattat och erkänt hans antagande. Orsaken härtill är den, att människorna i det personliga sammanträffandet och muntliga förhandlandet gemenligen se ett medel att på bästa och säkraste sätt erhålla hvar för sig full *förvissning* om hvarandras afsigter och viljor och därför, må vara omedvetet, icke äro benägna att anse en så behandlad sak tilländabragt, innan de ömsesidigt bekräftat detta faktum, d. v. s. det allmänna rättsmedvetandet kräfver här ett slags omedelbart »Anerkennungsvertrag» eller en ömsesidig ratifikation såsom vilkor för antagandets rättsbildande kraft, i viss mån till sin natur liknande den i den offentligt folkrättsliga samfärdseln staterna emellan förekommande utvexlingen af ratifikationer å ingångna traktater, hvarigenom först dessa bringas till definitiv afslutning[1]. Detta är för öfrigt så mycket naturligare, som det ingalunda alltid praktiskt har sig lätt att skilja mellan ett blott samförstånd och en verklig viljeförklaring, ehuru dessa teoretiskt och för tanken städse måste hållas isär. För den naturliga känslan framstår det alltid såsom nödvändigt att icke låta binda sig af annan utan full förvissning om äfven dennes verkliga bundenhet till motprästation. Är emellertid bekräftelsen allenast ett rent suspensivt vilkor för rättsförhållandets uppkomst, så bör det samma verka retroaktivt och aftalets verkningar sålunda teoretiskt räknas från det ögonblick, då antagandet

[1] Aftalet betecknas ock ofta såsom fördrag, förbund, afsked: se bl. a. Hallager, Norsk Oblig. I: 10, Gram, Dansk Formueret II: 1. s. 99. Montgomery, Finl. Privaträtt I: 553, Rålamb, Observationes s. 142. — Om klubbslagets betydelse vid auktion, se Alménn, Auktion II: 269 ff.; riktigare synes dock vara att anse utbjudandet alltid såsom anbud och klubbslaget såsom ratifikation eller stundom blott konstaterande af aftalet, hvaremot rättsförhållandet äfven därefter kan en tid vara in pendenti.

genom det muntligt talade och till anbudsgifvaren riktade svaret afgifvits[1]. Praktiskt sedt lärer dock det senare perfektionsögonblicket blifva afgörande, då tidsskilnaden här i regel är obetydlig och sistnämda ögonblick lättast kan fastställas.

Skulle åter samtalet föras per telefon[2], så bör af samma skäl telefonsamtalets afslutande medels afringningen anses som afslutning äfven af antagandets slutdispositionsakt. Och häri torde, på grund af ett telefonsamtals relativa, nödvändiga korthet, ingen modifikation kunna göras ens för det fall, att de samtalande möjligen efter antagandet utbyta förklaringar i andra ämnen, ty före afringningen är det dock ännu möjligt för kontrahenterna att faktiskt återkalla sitt antagande resp. anbud, och då man näppeligen kan säga, att dessförinnan någondera hunnit inom sin rättssfer draga innehållet i viljeförklaringarne eller ens kunnat däröfver disponera, så torde deras dispositionsmöjlighet öfver sina resp. förklaringar icke hafva upphört förrän med nyssnämda tidpunkt. Endast om motsatsen kan ega rum och faktiskt egt rum, skulle samtalets afslutande rörande ämnet kunna blifva afgörande, innan afringning eller en däremot svarande handling företagits.

Äro åter kontrahenterna från hvarandra i rummet skilda utan att begagna sig af telefon, måste deras inbördes meddelande ske med användande af muntlig budskickning, af bref eller annan direkt skrift, (äfven fonogram[3]), befordrade genom allmänna postverket, med enskild person såsom budbärare eller på annat sätt (t. ex. dufpost), eller af telegram, och alltså äfven antagandet af ett gjordt anbud på något af dessa sätt afgifvas till anbudsgifvaren, d. v. s. vara riktadt till bestämd person, där ej annorlunda genom anbudet disponerats eller af lagstadgad form annat följer. Härvid torde budet vid den muntliga budskickningen böra, i enlighet med den af Trygger framstälda allmänna skilnaden mellan bud och ställföreträdare[4], uppfattas såsom understödjande anbudstagaren med afseende på den rättshandling, genom hvilken antagandet förklaras. I detta fall är anbudstagarens förklaring, att han antager, visserligen så-

[1] Se härom Kühn, i *Jb. f. D.* XVI: 11, 12 (och om skriftliga förhandlingar mellan närvarande) 13.

[2] Inom litteraturen har man mycket stridt om frågan, huruvida telefonaftal äro aftal inter absentes eller ej: se härom Valéry, Des Contrats s. 60 ff., Dolbeau, Contrats s. 467 ff, Jacobson, De telefonie Diss Amst. 1893 s. 173 ff.: jfr Philippi, Vertragsschluss durch Telephon, Diss. Erl. 1896, m. fl.

[3] Se härom Valéry, Des Contrats s. 38 ff.

[4] Trygger, Fullmakt, s. 13—15.

som handling fullbordad i och med dess afgifvande till och uppfattande af budet, men denna handling är icke tillräcklig, dispositionsakten icke fullbordad, förrän meddelandet genom yttre objektivering kommit utom anbudstagarens maktsfer[1], och med afseende härpå är det, som budet skall understödja anbudstagaren. Antagandet såsom dispositionsakt fullbordas därför först i och med budskickningens utförande hos anbudsgifvaren och aftalet blir perfekt först i och med muntligt fullbordande genom budet af förklaringen att anbudet antages[2]. Här kan däremot icke såsom vid direkta muntliga förhandlingar blifva tal om ett på denna förklaring följande uttryckligt erkännande af aftalet från anbudsgifvarens och ännu mindre från budets sida såsom suspensivt vilkor för rättsförhållandets definitiva uppkomst. Budet skulle nämligen i så fall uppträda såsom ställföreträdare för anbudstagaren, d. v. s. upphöra att vara blott bud; ej heller synes det vanliga föreställningssättet här fordra ett dylikt plus af handling[3]. Huruvida åter budet kan vara befogadt att utföra uppdraget genom att i skrift uppsätta och meddela anbudsgifvaren den afgifvande förklaringen, lärer få bero af innehållet i anbudstagarens budet meddelade instruktion, men å andra sidan torde den omständigheten, att budet möjligen handlar häremot — t. ex. trots uppdrag att tala vid anbudsgifvaren aflämnar meddelandet skriftligen, emedan denne ej för tillfället är hemma, då budet kommer — icke kunna, åtminstone ej emot anbudsgifvare, som vore i god tro, på aftalets giltighet inverka, alldenstund budet och budskapet dock blott beteckna ett moment i anbudstagarens dispositionsakt, hvilken måste med afseende å sin sociala betydelse bedömas sådan den faktiskt föreligger och rättsligen kan föreligga och icke sådan den af den handlande möjligen åsyftats. Budets uppdrag vore emellertid, om i stället för det muntliga ett

[1] Annorlunda Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 373, som anser aftalet såsom rättsärende färdigt med det första steget till antagande-förklaringens öfverföring till anbudsgifvaren, hvaremot rättsförhållandet fortfarande befinner sig under bildning. Fasthållas måste emellertid att anbudsgifvarens dispositionsakt icke är färdig med hans rent enskilda (: social betydelse saknande) meddelande och instruktioner till budet, jfr ock Karlowa, Rechtsgeschäft s. 23.

[2] På grund af de särskilda omständigheter, som här föreligga, men icke på grund af principiel riktighet, torde man sålunda i detta fall kunna instämma med den s. k. förnimmelseteorien.

[3] Detta torde heller icke vara Kühn's, i *Jb. f. D.* XVI: 20, mening, ehuru han förklarar budet vara »kein Aeusserungsmittel, auch kein Erklärungsmittel, sondern Erklärungsperson». Jfr Schott, Oblig. Vertrag s. 68 ff.

skriftligt meddelande af honom frambures, icke redan med aflämnandet utfördt, utan först när anbudsgifvaren vid sin återkomst tagit kännedom om detta meddelande, då ju uppdraget afsett ett omedelbart vid afgifvandet af den andre uppfattbart meddelande, och aftalet har sålunda först då kommit till stånd, åtminstone så vidt anbudsgifvaren kan se, att meddelandet i den skriftliga formen härleder sig från budet och icke direkt från anbudstagaren.

Skulle budet åter vara ej budbärare i egentlig mening utan brefbärare, d. v. s. hafva i uppdrag att framföra ej ett muntligt, utan ett direkt skriftligt meddelande från anbudstagaren, ställer sig saken något annorlunda[1]. I detta fall är nämligen budets uppdrag och därmed anbudstagarens dispositionsakt fullbordad i och med brefvets aflämnande till anbudsgifvaren såsom adressat, såvida budet nämligen handlar på uppdrag af anbudstagaren. På samma sätt förhåller det sig, om anbudstagaren själf aflämnar brefvet: i båda fallen är äfven aftalet slutet i och med brefvets aflämnande till eller hos anbudsgifvaren eller i hans breflåda. Handlar åter budet på uppdrag af anbudsgifvaren och sålunda har att af anbudstagaren mottaga brefvet såsom understödjande anbudsgifvaren med afseende på mottagandet af anbudstagarens förklaring, så är denne sistnämdes dispositionsakt och därmed aftalet af samma skäl afslutadt i och med förklaringens ibesittningstagande genom budet[2]. Att anbudstagarens dispositionsakt verkligen nått en formell afslutning genom brefvets aflämnande, kan icke bestridas, då ju innehållet i hans förklaring, föremålet för hans disposition, genom brefvet så att säga försinnligats och genom dess aflämnande blifvit bestämdt afskildt från hans faktiska maktsfer[3]. Men om å

[1] Jfr härom Kühn a. a. s. 12 ff.

[2] Huruvida postverket bör vid förmedling af breftrafiken mellan enskilde anses såsom uppdragshafvare för brefsändaren eller brefmottagaren, kan vara omtvisteligt. För min del finner jag intet skäl att afvika från den af Nordling, Allm. Del. s. 196 not 2 — jfr Hammarskjöld, Fraktaftalet s. 215, 216 — intagna ståndpunkt, om jag än skulle vilja något starkare betona äfven afsändarens rätt, helst denne de facto om än icke de jure, då han alltid kunde begagna eget bud, till följd af postverkets statliga monopolställning i regel måste komma att anlita postverkets förmedling, om han öfver hufvud vill föra en affärskorrespondens. Det samma gäller om telegrafverket. Om postverkets roll, se ock Valéry, Des Contrats s. 71 ff.

[3] Jfr Stobbe, Deut. Privatrecht III: 86 ff., Schott, Oblig. Vertrag s. 76 ff., Karlowa, Rechtsgeschäft s. 23, 24, som för detta fall, såsom mig synes med fullt fog, försvarat mottagningsteoriens, Empfangtheorie, företräde framför förnimmelseteorien, och v. Scheurl, Beiträge I: 306 ff., som försvarat densamma

andra sidan det i brefvet afsända papperet icke är i egentlig mening bärare af den rätt, hvarom det samma förmäler, utan endast bärare af ett meddelande om denna, så torde man ega fog för det påstående, att innan detta meddelande kunnat af anbudsgifvaren-adressaten tillegnas, anbudstagaren-afsändaren må kunna genom en ny dispositionsakt återkalla sin aflåtelse. Grunden härtill är den, att ett rättsgodt visserligen blifvit löst ur afsändarens rättssfer, men icke infördt i mottagarens, utan ligger så att säga tills vidare å neutral mark, därifrån det lika väl kan införas inom den ena som den andra af dessa rättssferer. Har anbudsgifvarens budbärare af anbudstagaren mottagit dennes skriftliga antagande, så kunde visserligen tyckas, som skulle anbudsgifvaren redan därigenom tillegnat sig förklaringen likasom papperet, men detta tillegnande är i själfva verket endast till utseendet skildt från det tillegnande, som sker medels upptagande i uthängd breflåda: om innehållet har han i båda fallen lika liten kunskap, utan härtill fordras äfven läsning af brefvet. Emellertid tillkommer här den omständigheten, att anbudsgifvaren redan har genom sitt anbud vilkorligt tillegnat sig den fordran mot anbudstagaren, hvars tillegnelse denne genom sitt svar medgifvit och samtyckt, och anbudsgifvarens tillegnelse blir sålunda definitiv i samma ögonblick det rena suspensiva vilkoret uppfylts. Frågan hänger alltså ytterst därpå, huruvida nämda vilkor blifvit fyldt i och med det formella afslutandet af anbudstagarens dispositionsakt eller om därtill äfven kräfves såsom ytterligare moment, att någon återkallelse icke skett, innan anbudsgifvaren i sitt medvetande upptagit anbudstagarens jakande svar. Att dock ett sådant upptagande icke behöfves för vilkorets skull eller för att detta skall kunna anses fyldt, är utan vidare tydligt. Ej heller lärer det vara möjligt att anse anbudstagarens förklaring fullbordad först med anbudsgifvarens kännedomstagande af dess innehåll, då man ju icke kan neka, att anbudstagarens dispositionsakt faktiskt afslutats med brefvets aflämnande, hvarmed aftalet sålunda måste anses formelt afslutadt. Aftalets rättsverkningar åt ömse sidor äro emellertid beroende af ett anbudsgifvarens kännedomstagande af antagandet, enär denne icke kan öfver sitt förvärfvade rättsgoda definitivt disponera

mot utlåtelseteorien, Aeusserungstheorie. Att v. Scheurl i *Jb. f. D.* II: 257 ff., några få år senare själf återkallade denna ståndpunkt för att i stället utveckla en öfverföringsteori, Uebermittelungstheorie, kan icke hindra, att ändock den objektiva riktigheten af nyssnämda försvar i nu förevarande fall kvarstår; se ock Kohler i *Ar. f. bürg. R.* I: 293 ff.

utan att ega visshet om det sammas verkliga erhållande, och anbudstagaren icke öfver sitt, om anbudsgifvaren af bristande kunskap om ärendets utgång icke kan fylla hvad han bundits till[1]. Af detta skäl måste äfven aftalet öfver hufvud för sitt *tillvarande* under rättsförhållandets pendens anses beroende af det resolutiva vilkor, att antagandet kommer till anbudsgifvarens kännedom. Men om så är, måste med nödvändighet ett samtidigt kännedomstagande af antagandet och ett dess senare återkallande — hvilket är det praktiska resultatet af återkallelsemeddelandets läsande före eller i sammanhang med antagandets — uppfattas såsom kännedomstagande om ett afslag och icke om ett antagande. Ett återkallande under nämda förutsättningar är icke i och för sig af rättsmedvetandet ogilladt, ehuru det möjligen kan af lagstiftningen anses stridande mot samfärdselns kraf på säkerhet och för den skull förhindras[2].

Med afseende slutligen å telegram såsom uttrycksmedel, behöfver endast påpekas, att skilnaden mellan telegrammet och brefvet väsentligen ligger däri, att det förra är en skriftlig eller muntlig (: telegram, som telefoneras till mottagaren[3]) förklaring af budet, telegrafverket, i minutiös enlighet med afsändarens instruktion i den skriftliga originaldepeschen, hvaremot det senare själft är originaldepesch. Detta förhållande medför, att telegrammet i regel torde böra anses såsom muntlig budskickning, icke såsom bref[4], helst dess natur fordrar omedelbart kännedomstagande. Dock synes man för det fall, att den skriftliga originaldepeschen af afgångsstationen mottages och bevaras för adressatens räkning, samt när skriften är bärare af viljeförklaringen eller form för dess afgifvande, kunna betrakta telegrammet såsom bref[5].

---

[1] Så till vida har därför förnimmelseteorien rätt, men endast med afseende på rätts*förhållandets,* icke på rätts*ärendets,* uppkomst, om än på dess fulla verkan och bestånd, jfr Bekker, System II: 105 ff., Krückmann, Vertragsschluss s. 128 ff.

[2] Jfr Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 377 ff. som dock anser aftalet häraf oberördt, ehuru det samma blir utan verkan, jfr s. 375 (ang. casus), 376, 380 ff. (ang. uteblifvet eller försenadt afsändt antagande).

[3] Se § 29 K. K. 5 mars 1897 ang. förnyadt reglemente för telegrambefordringen i riket, Sv. Ffs. 1897, n:o 20.

[4] Jfr Schott, Obl. Vertrag s. 80. Annorlunda Kühn, *Jb. f. D.* XVI: 21, 22. Maas, Vertragsschluss, s. 37. — Jfr i öfrigt Valéry, Des Contrats s. 279 ff., Dolbeau, Contrats s. 458 ff.

[5] Jfr Trygger i *T. f. R.* I: 286 ff. — Den förr omstridda frågan, hvem af parterna som skall bära ansvaret för felaktig expedition af ett telegram, torde härmed ock vara besvarad; jfr Valéry, Contrats s. 337 ff., 348 ff., Aubert, Contrat per nuncium s. 178 ff.

Ville man efter Sohm's och Krückmann's exempel[1] med ett kort uttryck beteckna den här framställda åsigten, som visserligen har sina rötter i den Nordling'ska intresseteorien, skulle den lämpligen kunna med hänsyn såväl till dess möjliga afvikelser från den Nordling'ska i nu behandlade fråga, som ock därtill, att äfven den är afsedd att vara en tillämpning på ett särskildt rättsinstitut af en allmännare rörande den gemensamma grunden för all rätt[2], kallas *dispositionsteori*, alldenstund det är de enskildes dispositionshandlingar, som, så vidt de erhållit socialt uppfattbara uttryck och vare sig de af samhället tillåtas eller förbjudas, innehålla och gifva de afgörande synpunkterna för bedömandet och det konkreta bestämmandet såväl af de enskildes af privatdisposition beroende rätt inbördes som af deras rätt mot samhället och samhällets mot dem[3].

---

[1] Sohm i *Zt. f. H.* N. F. II: 101, Krückmann, Vertragsschluss s. 131.

[2] Jfr Nordling, Allm. Del. s. 223 noten.

[3] Af de i inledningen anförda skäl torde en kritik af andra framställda teorier här kunna anses öfverflödig. Beträffande de äldre teorierna såsom deklarations- eller *utlåtelseteorien* (Äusserungstheorie), *öfverföringsteorien* (Uebermittelungstheorie), *mottagningsteorien* (Empfangstheorie), rekognitions- eller (i dess senare former) *förnimmelseteorien* (Vernehmungstheorie), *blandningsteorien* (gemischte Theorie), så hafva dessa, som bekant, varit föremål för en lika ingående som på allmängiltiga grunder utförd granskning af Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 281—334, till hvilken hänvisas, och där äfven deras resp. anhängare finnas angifna. Hvad åter angår Koeppen's egen *delationsteori*, Sohm's *realiserings-* och Kühn's *aflåtelseteori* (Entäusserungstheorie) m. fl., finnas för öfrigt äfven hos andra — Gardeike, Verträge s. 289—331, Schott, Oblig. Vertrag s. 5 ff., 36 ff., 82 ff., 150 ff, 210 ff., Maag, Vertragsschluss s. 3—46, N. Lassen, Villien s. 56—61, 74—92, Windscheid, Pandekten § 306, Regelsberger, Pandekten I: 552, 553, Bekker, System II: 111 —117, Hasenöhrl, Oblig. Recht I: 656 ff., Valéry, Des contrats s. 126—164, (samt om teorierna i olika positiva lagstiftningar s.) 228 ff., Cousin, Contrats entre absents s. 176 ff. — mer eller mindre utförliga referat och kritiker af dessa liksom af öfriga såväl äldre som nyare teorier; Krückmann's Wahrnehmbarkeits- eller *objektiveringsteori* slutligen skiljer sig i resultaten i detta stycke föga från den i texten framställda *dispositions*teorien, men väl till sin grund och sin utgångspunkt.

II.

Aftalet i den romerska rätten.

7.

Enligt den äldre uppfattning, hvars siste mera berömde förkämpe inom den tyska litteraturen v. Vangerow var[1], utgjordes den romerska rättens aftal väsentligen af obligatoriska aftal, framkallande obligatorisk bundenhet på grund af tillsägelse. Det får emellertid, såsom Montgomery anmärker[2], anses som »en numera öfvergifven ståndpunkt, att härtill inskränka begreppet af detta rättsärende, som i själfva verket jämväl inom sakrätten, familjerätten och arfsrätten utgör en form för privatviljans självbestämmande ingripande i rättsförhållandena». Och visserligen måste man medgifva, att en begränsning af aftalet till ett förmögenhetsrättsligt obligatoriskt verkande aftal icke är möjlig, liksom ock att en sådan inskränkning däraf näppeligen egt rum ens i den romerska rätten — men härifrån och till erkännande af s. k. »dingliche und liberatorische Verträge» är dock steget stort[3]. Och hvilken åsigt man än må hysa i afseende på den moderna rätten och dess principer, torde dock icke kunna af någon sakförståndig förnekas, att den romerska rätten, sådan den i Iustiniani lagsamling föreligger såsom ett afslutadt helt af sin tids rättsbildning och lagstiftning, icke utsträckt aftalsbegreppet utöfver tillsägelse-ärenden i allmänhet, dessa må sedermera varit af ena eller andra slaget. Denna ståndpunkt intaga de romerska juristerna själfva och deras utsagor torde, oafsedt deras sanktionering genom lagstiftaren, då de i corpus iuris infördes, i

[1] Jfr Windscheid, Pandekten I § 69 Note 4; Regelsberger, Pandekten I § 149 Note 1.

[2] Montgomery, Finl. Privaträtt I: 553.

[3] Huruvida upptäckten af »dingliche Verträge» kan anses som ett uttryck af vår tids mera abstrakta och genomträngande behandling af rättsbegreppen, såsom Dernburg, Pandekten I § 92 Note 5, synes mena, kan väl sättas ifråga.

hvarje fall få betraktas som en vittnesgill och sakkunnig utsaga om den romerska rättens och det romerska rättsmedvetandets verkliga innebörd och uppfattning i detta afseende, och alltså såsom visst fastslås, att i den romerska rätten egentligen ej finnas utom obligationsrätten verkligt juridiskt beaktade aftal, allenast man tillika betänker, att stipulationen, som obestridligt tillhör obligationsrätten, kunde begagnas för tillsägelser af högst olika innehåll och ej blott för egentliga skuldfordringsärenden, utan ock t. ex. för utfästelse af dos. Men ur aftal uppstodo dock blott obligationes[1].

Den romerska rättens allmänna stadganden rörande aftal och öfverenskommelser äro som bekant att söka i *D. 2. 14* de pactis samt *D. 44 7* de obligationibus et actionibus, af hvilka den förra handlar om öfverenskommelser af alla slag, den senare om contractus. Den förra inledes med följande från Ulpiani ediktkommentar lånade uttalande:

> *l. 1 D. 2. 14 de pactis:* Huius edicti æquitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt servare? [1] Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) [2] et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. [3] Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. [4] Sed conventionum pleræque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.

Af den häri innehållna definitionen å aftal [2], finnas egentligen två något olika läsarter, i det man har att välja mellan in idem placitum **et** consensus, hvilken af Mommsen, såsom synes

[1] Se Reuterskiöld. Pacta de contrahendo s. 38 not 1, Kritik och Motkritik s. 30, 33; jfr ock Jacobi i *Jb. f. D.* XXXV: 35 Note 42. Om obligationens »Verbreitung» se Kuntze, Obligationen s. 35 ff.; om stipulationen som form jfr Affolter i *Ar. f. bürg. R.* VIII: 37 ff.

med allt skäl, upptagits såsom den rätta, eller in idem placitum consensus, hvilken återfinnes t. ex. i den Kriegel'ska editionen. Det placitum, som här förekommer och som i det föregående motsvaras af inter eos placuerunt, framhäfver med stort eftertryck, att fråga är icke om blott en mening, en åsigt, ett tänkesätt, utan om en viljeförklaring, ett förgodtfinnande, ett normbestämmande[1], liksom eljes t. ex. uttrycket senatui placuit icke är ovanligt för att beteckna den verksamhet hos senaten, hvarigenom ett beslut, en befallning, en bindande norm bragtes till stånd. Helt annan är betydelsen af consensus i det totalsammanhang detta uttryck här blifvit användt, såsom af dess ständiga sammanställande med conventio till fyllest framgår. Betecknar nämligen placere den så att säga aktiva sidan af parternas verksamhet, så betecknar consentire i stället den passiva. Consentire är, från en sida sedt, convenire, det förra är in unam sententiam decurrere liksom det senare in unum locum colligi et venire, och betyder sålunda ungefärligen att genom egen verksamhet bidraga till uppnående af samförstånd eller till frambringande af *en* mening, *en* normerande förklaring. Sententia innebär här liksom i allmänhet mindre en teoretisk mening eller åsigt, än fastmera ett praktiskt rättesnöre, såsom t. ex. i sententia=dom. Det verbet consentire motsvarande substantivet consensus måste följaktligen här vara brukadt icke i samma betydelse som sententia, d. v. s. för att angifva resultatet af consentire-verksamheten, utan — såsom ock uttryckligen framgår af sammanställningen nisi habeat in se conventionem: nisi habeat consensum — i samma mening som conventio, eller med andra ord consensus betecknar just den subjektiva convenire- eller consentire-handling, hvarigenom hindret för åvägabringandet af en gemensamt verksam sententia genom annans privatdispositiva placet undanrödjes, och måste därför öfversättas med instämmande, löfte, medgifvande, samtycke, icke med samförstånd eller samstämmighet.

Med denna tolkning af orden placitum och consensus blir det tämligen likgiltigt, huruvida det i [2] heter in idem placitum et consensus eller blott in idem placitum consensus: i det förra fallet blir pactio eller öfverenskommelsen såsom generelt begrepp ett af två eller flere i ett gemensamt syfte meddeladt beslut och samtycke, i det senare ett af två eller flere till samma

[1] Så ock Leonhard, Irrthum I: 46, Gardekie, Verträge s. 82 Note 96.

beslut meddelade samtycke; i förra fallet har tydligt angifvits, att äfven beslutet beror af parternas privatdisposition, i det senare framgår blott af sammanhanget, att äfven här parternas egen verksamhet åsyftats.

Pactio skulle sålunda vara det allmänna uttrycket för öfverenskommelse. Visserligen heter det i [3], omedelbart efter definitionen i [2], att conventionis nomen generale est, men det tillägges ock, såsom egande afseende på allt, hvartill parterna, qui inter se agunt, i och för ett rättsärendes beslutande och genomförande samtycka, consentiunt, d. v. s. ordet conventio användes såsom generel beteckning för en öfverenskommelse, när man särskildt vill framhålla dess beroende af parternas samtycke och fria disposition, dess grund i det åvägabragta samtycket. Att meningen är denna, framgår ock af sammanhanget med den följande satsen nam sicuti convenire etc. Hvad sålunda med inbördes samtycke blifvit beslutadt och förafskedadt, det skall i enlighet med den naturliga rättskänslan, æquitas naturalis, hållas, då såsom det i början af *l. 1 cit.* hette ingenting synes vara mera öfverensstämmande med det mänskliga rättsmedvetandet, fidei humanæ, än ea quæ inter eos placuerunt servare. Detta placitum såsom något objektive tillvarande torde betecknats med ordet pactio[1].

Öfverenskommelsen framträder emellertid i flere fall under särskilda benämningar, hvarå [4] ger en del exempel, samtliga hämtade från obligationsrättens område. En mera allmän indelning i särskilda kategorier är dock gifven genom *l. 5 D. 2. 14*, hvarest omtalas tres species, nämligen conventiones som ingås ex publica causa och conventiones som ingås ex privata causa, hvilka senare åter delas i legitimæ och iuris gentium conventiones. Naturligen är det endast de ex privata causa, som här ega särskildt intresse. Dessa kallas legitimæ, om de genom något uttryckligt lagstadgande vunnit rättsligt beaktande, lege aliqua confirmantur, *l. 6 D. 2. 14*, hvarmed förstås, att de enligt gällande lag eller stadga, ej blott till följd af interpretation eller med prætorns hjälp, medföra anspråk på rättsligt skydd medels en actio; i motsatt fall betraktas de såsom varande iuris gentium eller egande sin grund i den för olika folk gemensamma rätten, alltså hvad man kunde kalla verldsrätten eller naturrätten[2]. Men

[1] Jfr dock om dessa uttrycks betydelse Pernice i *Zt. d. Sav.* (Rom. Abth.) IX: 195 ff., 218 ff.

[2] Med denna öfversättning af ius gentium står indelningen i *l. 1 §§ 3, 4 D. 1. 1. de iust. et iure* icke i strid, då den ius naturale, hvarom där

äfven en sådan conventio eller öfverenskommelse kan i regel gifva upphof till en actio, endast om den samma upptagits under någon särskild kategori af contractus, *l. 7 §§ 1, 2 D. 2. 14*, och eljes blott om någon bestämd causa tamen subsit. I annat fall uppkommer allenast en pactio nuda eller ett pactum nudum och därmed förenade exceptiones.

Man kunde vara frestad att i detta pactum nudum se ett uttryck för *samförståndet*, och utan tvifvel är ock ett sådant betraktelsesätt i många fall fullkomligt berättigadt, då ju samförståndet ingenting annat är än en beteckning för en, utan något socialt erkändt och verksamt uttryck för dispositions*viljan*, ingången öfverenskommelse: romarne fordrade i regel ett i yttre måtto mera påtagligt och otvetydigt uttryck för denna vilja såsom bindande en annan än den nakna i ett pactum ingående förklaringen. Men å andra sidan är lika säkert, att ordet pactum äfven begagnats med afseende på öfverenskommelser, som verkligen, när särskilda omständigheter tillkomno, medförde rättsverkningar, oaktadt dispositionsviljan icke erhållit kraftigare uttryck och oaktadt öfverenskommelsen icke kunde räknas till contractus af något slag, i det att ordet pactum liksom pactio ofta har samma neutrala betydelse som conventio; jfr

> *l. 3 per. D. 50. 12 de pollicit.*: Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.

Motställningen å detta ställe mellan pactum såsom öfverenskommelse i allmänhet och pollicitatio såsom en ensidig akt framhäfver ock i sin mån skarpt den stora betydelse, som romarne fästade vid öfverenskommelsen. Visserligen torde Schlossmann hafva rätt däri, att uttrycket offerentis icke får tänkas såsom motsättning till ett acceptans och icke kan öfversättas med anbudsgifvare eller något dylikt, utan snarare betecknar den en gåfva

talas vid sidan af ius gentium, icke är den mänskliga naturrätten i ordets historisk-tekniska betydelse, utan fastmera en beteckning blott för de oföränderligt verkande naturlagarne inom sinneverldens samverksamhet i det hela. På sin höjd skulle denna ius naturale såsom afseende människors sociala lif och de i olika tider *nödvändiga* yttre formerna därför, hvilka för människans medvetande kunna framstå såom oföränderliga, ändamålsenliga och riktiga, kunna kallas det allmänna naturliga rättsmedvetandet, under det att ius gentium i så fall vore detta till universel utbildning komna rättsmedvetande eller den, en yttre allmänt såsom riktig erkänd ordning skapande, moraliska rätten, sedelagen i folkens medvetande, alltså i korthet naturrätten i vår mening, hvaraf ock ius civile i själfva verket blott betraktas som en partikularform; jfr *l. l. 9. 11 pr. D. 1. 1.* — Jfr dock Kuntze, Obligationen s. 340 ff.

erbjudande, men däremot är det knappast möjligt, att i pollicitationen med Schlossmann se ett, låt vara icke uttryckligen ingånget, men i allt fall otvetydigt aftal mellan gåfvoutfästaren och den stadskommun, åt hvilken gåfvan var utfäst, jfr ock *l. 19 pr. D. 39. 5 de don.* Pollicitationen är fastmera, liksom votum och dotis dictio, ett ensidigt rättsärende inter vivos, som detta oaktadt undantagsvis och under särskilda förutsättningar — att utfästelsen afsett en donatio in rebus publicis samt i öfrigt skett ob honorem, eller eljes åtföljts af frivillig verkställighet eller verkställighet quasi=frivilligt fått påbörjas o. s. v. — erkändes såsom giltigt. Detta singulära undantag bekräftar därföre i grund hufvudregeln, att den romerska rätten fordrar öfverenskommelse såsom en af förutsättningarna för giltiga rättsverkningar af privatdispositiva akter inter vivos[1]. Därmed är emellertid ingenting sagdt angående öfverenskommelsens innehåll och omfång, ingenting därom, huruvida öfverenskommelsen bör fattas såsom aftal eller äfven kan vara ett blott samförstånd, eller huruvida aftalet innebär tillsägelse, eller äfven och utan sammanhang med en tillsägelse kan framträda såsom öfverlåtelse, upplåtelse, frisägelse. Väl ledes tanken såväl af definitionen som af hela framställningen i *D. 2. 14.* till ett identifierande af aftalet med tillsägelsen såsom tvåsidigt rättsärende, men tänkbart vore likväl, att källorna i annat sammanhang omtalade öfverenskommelser, hvilka hvarken vore contractus eller därmed likartade tillsägelseärenden, och ej heller blotta samförstånd. Att detta dock icke är händelsen, utan att tvärtom de öfverenskommelser, som möjligen kunnat ingå i vare sig öfverlåtelse-, upplåtelse- eller frisägelseärenden, antingen betecknat ett blott samförstånd eller själfva varit tillsägelser, skall i det följande uppvisas.

8.

Rättsbegreppet är för den romerska uppfattningen oupplösligt förenadt med maktbegreppet. Rätt i subjektiv mening är rättslig makt, rättsförvärf är maktförvärf öfver en sak, stödt af rättsfakta. Genom egen aflåtelse, t. ex. dereliktion, kan man väl afhända sig en sak och förlora rätten till den samma, men icke tillföra den en annan utan att denne tillika själf förvärfvar den genom tillegnelse. Att

[1] Se härom Schlossmann, Vertrag s. 144—162; Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 350; Karlowa, Rechtsgeschichte II: 201 ff., 579 ff., Rechtsgeschäft s. 271 ff.; Mannesmann, Einseit. Versprechen s. 16 ff.; Krückmann, Vertragsschluss s. 64, 65.

sa är nödvändigt vid ett ursprungligt rättsförvärf, t. ex. occupation, ligger i sakens natur, men äfven om det härledda gäller det samma: i den fornromerska rättens mancipatio och nexum såväl som dess senare utbildande in iure cessio, hvilka rättsärenden städse måste försiggå under samhällets omedelbara tillsyn och medverkan, var det likväl förvärfvaren af saken eller det rättsgoda, som framträdde såsom hufvudpersonen och genom sitt tagande, sin tillegnelseförklaring genomförde den faktiska förändring, hvarom parterna voro i samförstånd[1]. Och samma grundsats förblef äfven under den romerska rättens senare utbildning den herskande i fråga om saköfverlåtelser genom den från ius gentium lanade formlösa traditionen utan direkt medverkan af samhällsorgan. Traditionen innebär ett faktiskt besittningstagande från förvärfvarens sida, animo rem sibi habendi, och med öfverlåtarens vilja eller goda minne, animo rei transferendæ[2]; först sakens öfvergång medels tradition medförde ock såsom rättsverkan af ett privatdispositivt öfverlåtelseärende, hvarigenom en egendomsförändring faktiskt åvägabragts, äfven eganderättens öfvergång, jfr

> *c. 20 C. 2. 3. de pactis:* Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Icke genom den nakna öfverenskommelsen de re transferenda, utan först re tradita kunde öfverlåtelsen framträda såsom rättsligen verksam. Med nudis pactis kan här visserligen icke afses traditionens iusta causa, enär denna vare sig den är ett contractus eller en donatio i intetdera fallet kan betecknas såsom ett nudum pactum; ej heller finnes någonstädes antydt, att jämte denna causa en särskild öfverenskommelse skulle vara erforderlig i annan mening än den, att båda parterna verkligen måste vara ense om öfverlåtelsen, eller med andra ord vara i *samförstånd* därom, såsom ock uttryckligen förklarats i

> *l. 55 D. 44. 7 de O. et. A.* In omnibus rebus, quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quælibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.

Uttrycken affectus concurrat och animus consentit ådagalägga, att här icke är fråga om verkliga viljeförklaringar, utan

[1] Marsson, Vertragsofferte s. 3 ff. Jfr ock v. Ihering, Geist II: 139 ff. Kuntze, Obligationen s. 22 ff.

[2] Jfr Lenel i *Jb. f. D.* XIX: 173 ff.

blott därom, att öfverlåtelsen sker å ena sidan animo rem sibi habendi, å den andra amino rei transferendæ, och att därigenom nödig samstämmighet förefinnes i parternas afsigter med de rättshandlingar de företaga i och för en saköfverlåtelse. Denna kan, heter det, icke fullbordas, huru iusta än dess causa må vara, så framt ej traditionen såsom öfverlåtelsens slutakt sker i öfverlåtelsesyfte. Att detta syfte kommer till uttryck är nödvändigt, men det är icke nödvändigt, att så sker positivt eller samtidigt med traderandet af saken, utan det kan lika väl ske oberoende häraf, såsom t. ex. vid brevi-manu-tradition eller constitutum possessorium[1]: aflåtarens förklaring i dessa fall verkar icke såsom tillsägelse- eller utfästelse-handling, utan såsom ett konstaterande af samförstånd och blir verksam, därför att de faktiska besittningsförhållandena därmed öfverensstämma, och enär tillika en iusta causa för rättsförändringen föreligger. Öfver hufvud är det nämligen icke heller traditionen i och för sig, som medför eganderättens liksom sakens öfvergång, utan blott den tradition, som eger rum såsom moment i en bestämd dispositionsakt rörande öfverlåtelse.

Frågan blir dock, huruvida ej denna akt bör uppfattas såsom ett genom traditionen prefekt vordet aftal, ett »Traditionsvertrag»[2]. Härvid är af en viss betydelse

> *l. 31 pr. D. 41. 1 de A. R. D.:* Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.

Denna iusta causa[3] kan vara en på tillsägelse eller aftal grundad obligatio, då traditionen sålunda sker solvendi causa, men den kan ock vara en omedelbar integrerande del af ett obligerande aftal och beteckna detta aftals fullbordande, såsom t. ex. vid mutui

---

[1] Att det här är aflåtaren och ej förvärfvaren, som framträder såsom aktiv, beror därpå, att i ena fallet förvärfvaren redan varit verksam, i det andra äfven aflåtaren själf blir förvärfvare, ehuru med inskränkt rätt. Man måste i öfrigt fasthålla, att vid tradition aflåtarens förklaring blir afgörande för förvärfvarens viljeriktning och att, där ej den äldre rättens formalism iakttages, »ein etwa bei ihm vorhandener gegentheiligen Wille, weil nicht geäussert, nicht in Betracht kommt», jfr Windscheid I: § 155: 1. a. 3.

[2] Jfr Exner, Tradition s. 86: »Die Perfektion des Traditionsvertrags tritt ein, sobald der Nehmer mit dem Willen des Gebers den Besitz ergriffen (apprehendirt) hat, und zwar den Sachbesitz bei der eigentlichen, den Rechtsbesitz bei der s. g. Quasi-Tradition».

[3] Jfr härom Exner, Tradition s. 74 ff., 317 ff. Affolter i *Ar. f. bürg. R.* III: 25 ff., 28 ff.

datio, då traditionen uppenbarligen sker obligandi causa, och den kan slutligen vara en liberalitas, hvarigenom traditionen sker donandi causa. Att traditionen i det första fallet näppeligen kan själf betraktas såsom en öfverenskommelse eller ett aftal, synes vara självklart, då hvarken något pactum de contrahendo eller någon väsentlig skilnad föreligger mellan solutio i form af tradition och solutio i form af t. ex. ensidigt utförande af en åtagen facere-prästation, hvilket omöjligt kan såsom aftal eller öfverenskommelse betraktas. Ej heller traditionen obligandi causa kan vara ett aftal, då den snarare är ett medel, res, hvarigenom ett aftal åvägabringas, och medlet icke bör med det, hvarför det är medel, sammanblandas. Sant är väl, att det aftal, som genom en tradition obligandi causa kommer till stånd, går ut på en obligatio, hvaremot traditionsaftalet skulle afse en öfverlåtelse, och att något sammanblandande af aftalet och medlet för dess åvägabringande sålunda icke behöfde ske, om traditionen blott betraktades från olika synpunkter, nämligen dels såsom ett medel för ett visst aftals slutande — eller, då traditionen sker solvendi causa, för en viss obligations upplösning — dels såsom själf ett visst annat aftal. Härvid är dock att märka, det ett sådant betraktelsesätt är absolut främmande för källorna, som icke betraktat traditionen i dess öfverlåtelsefunktion såsom aftal.

Ett ganska upplysande exempel erbjuder i detta afseende

> *l. 9 § 7 D. 41. 1 de A. R. D.:* Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce qui missilia iactat in vulgus, ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficit.

Att en traditionsakt här åsyftas, är redan af ställets innehåll och platsen i digesterna otvifvelaktigt[1], liksom ock, att den samma icke framställes såsom ett aftal. Å andra sidan skiljer denna akt sig icke heller i något från en tradition i allmänhet utom däri, att förvärfvaren här är en persona incerta, och att till följd däraf traditionsaktens karakter lättare kan urskiljas. Hvad som enligt *l. 9 § 7 cit.* sker, är i själfva verket två ting: å ena sidan ett derelinkverande från egarens sida i syfte och afsigt, att den derelinkverade saken skall omedelbart tagas och tillegnas af annan person, och å den andra ett occuperande af samma sak genom personæ incertæ

[1] Jfr Sohm i *Zt. f. H. N. F.* II: 50 ff., Exner, Tradition s. 12 ff.

bland hopen. Traditionen visar sig alltså ingenting annat vara än en afsigtligt kombinerad dereliktion och occupation[1], må vara med den begränsade afsigt å derelinkventens sida, att han uppger sin makt öfver saken endast till förmån för en (oviss) annan. Men denna afsigtsbegränsning kan lika litet till aftal förvandla traditionen till en persona certa som traditionen till en persona incerta: skulle den afsedde förvärfvaren icke mottaga, så blir traditionen om intet och aflåtaren har sin sak kvar, så länge han ej derelinkverat den fullständigt. Grunden därtill, att ett aftal ej föreligger vid iactus missilium, kan icke vara den, att aflåtaren icke vet, hvem som är förvärfvare, då det i allt fall, oafsedt huruvida aftal kan ingås med en persona incerta eller ej[2], är tänkbart att aflåtaren skulle kunna bland hopen urskilja åtminstone hvad af en eller annan för honom bekant person förvärfvades, och sålunda i det afgörande ögonblicket rörande den saken icke längre finge anses okunnig om sin medkontrahents person. Nej, grunden är fastmera den, att genom traderandet alldeles intet faktiskt eller rättsligt förhållande emellan aflåtaren och förvärfvaren uppstår och att därför ett normbestämmande, ett in idem placitum et consensus här icke är behöfligt. Väl kan man säga, att äfven här föreligger ett slags anbud och antagande, eller måhända riktigare ett erbjudande och mottagande, men blott i yttre måtto, icke tillika innebärande ett samtycke eller påläggande. Handlingarna äro sammanställda med hvarandra, på det att en samtidig förändring i två maktsferer skall inträda, men detta åstadkommes icke genom öfverenskommelse härom, utan genom faktiskt handlande i samförstånd angående sakförflyttningen, samt under faktisk samtidighet och orsaksförhållande mellan handlingarna. Aflåtaren har ej samtyckt till aflåtelsen utan helt enkelt aflåtit, förvärfvaren icke samtyckt till tagandet utan helt enkelt tagit. Ingenting, som eljes utmärker ett verkligt aftal, föreligger här, och endast om man vill kalla hvarje företag, hvari mer än en person deltager såsom handlande, för ett aftal, kan äfven traditionen förtjäna detta namn. Men ej vinnes därigenom någon större klarhet i aftalsläran[3], utan snarare tvärtom, och ej heller kan bibehållandet af ett sådant rent terminologiskt bruk anses af andra skäl önskvärdt.

Hvad slutligen angår en tradition donandi causa, kan denna nästan ännu mindre betraktas såsom aftal eller öfverenskommelse.

---

[1] Att romarne ofta »förvexlat» tradition och dereliktion, se Krückmann, Vertragsschluss s. 68 Note *).

[2] Se härom Sohm i *Zt. f. H.* N. F. II: 56 ff., jfr Almén, Auktion II: 102 ff.

[3] Så ock Pollock, Contracts s. 659.

Att genom en donatio ingen som helst obligatio uppstår[1], utan blott ett dantis esse nummos et fieri accipientis, hvartill intet aftal behöfves, följer af *l. 3. § 1 D. 44. 7 de O et A.* Å andra sidan sker gåfva genom ett tvåsidigt, enkelt rättsärende, som kräfver medverkan af såväl gifvaren som gåfvotagaren och utan en tillegnelsehandling af denne senare icke fullbordas, se t. ex. *l. 19 § 2 D. 39. 5 de donat.* Traditionens iusta causa ligger emellertid här tydligtvis uteslutande i gifvarens dereliktion af saken ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti et propter nullam aliam causam, quam ut liberalitatem et munificientiam exerceat, se *l. 1 pr. D. h. t*, icke i samförstånd eller aftal med gåfvotagaren. Att tillegnelsehandlingen icke heller har karakteren af samtycke, utan blott och bart af occupation, synes af den i läran om aftal ofta anförda

> *l. 10 D. h. t.:* Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere cum iubeas, donari recte potest. Sed si nescit rem quæ apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatæ rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat;

med hvilket från Paullus hämtade citat böra sammanställas Ulpiani ord i

> *l. 13 D. h. t.:* Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quærebatur quid ageret. Et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit,

äfvensom ett Juliani yttrande enligt

> *l. 37 § 6 D. 41. 1 adquir. rer. dom.:* Si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret,

---

[1] Annorlunda däremot vid löfte om gåfva t. ex. i form af stipulatio, men därvid kommer naturligen ej heller traditionen att spela någon roll annat än solvendi causa. Äfven en donatio sub condicione kan anses som aftal, därest vilkoret är sådant, att mixtum sit negotium cum donatione, *l. 18 D. 39. 5 de donat.*, men icke, därest vilkoret blott är en lex dationi data.

nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur.

Har enligt förstnämda *l. 10* gåfvan öfverlämnats till gåfvotagarens slaf såsom budbärare ea mente, ut statim eius fiat, så blir gåfvotagaren donatæ rei dominus i och med den tillegnelsehandling, genom hvilken slafven tager emot gåfvan å hans vägnar, och detta i kraft af den allmänna regeln i *l. 10 pr. D. 41. 1.* samt det rättsfaktum, att donator omedelbart afhändt sig eganderätten. Men naturligtvis hindrar ej detta, att gåfvotagaren, när han får kännedom om budbärarens tillegnelseakt, — att för en socialt giltig tillegnelse medvetande om handlingen icke är, från samhällets synpunkt, nödvändig, torde i sig vara klart — kan afstå från gåfvan, visserligen icke så, att traditionen blir ogjord, men så att han kan derelinkvera eller återskänka saken: vore här åter traditionen ett aftal, skulle gåfvotagarens vägran uppenbarligen blott medföra, att traditionen såsom aftal icke kommit till stånd, ehuru traditionen såsom faktum fullbordats; traditionen betecknade här blott anbudets prefektion. Detsamma gäller, om tradition af saken icke skett ea mente, ut statim eius fiat, då gifvaren fortfarande är egare, ända till dess gåfvotagaren erhållit kännedom om och icke afslagit gåfvan, äfven om traditionen egt rum till en gåfvotagarens eller, enligt *l. 13 D. 39. 5* och *l. 37. § 6 D. 41. 1.*, en dennes och Titii slaf såsom budbärare. Skulle i sistnämda fall slafven hafva tagit emot saken i tanke, att gåfvan skulle tillfalla äfven Titius eller Titius ensam, så har detta dock ingen betydelse, utan saken förvärfvas af den afsedde gåfvotagaren — självfallet under samma förutsättning, som redan i *l. 10* stadgats, nämligen att han får kännedom om gåfvan samt vill och kan taga mot den, hvartill ock kommer, att Titius ej får redan hafva mottagit saken af slafven. Slafven kan väl lika litet som sin herre Titius med rättsverkan taga annat än det, hvartill möjlighet beredts honom, d. v. s. gåfvan till den afsedde gåfvotagaren, ej till den därmed icke begåfvade Titius, och om han ändock försöker detta, så blir resultatet däraf, enligt *l. 37 § 6 D. 41. 1:* nihil agetur, d. v. s. traditionen till Titii slaf blir utan öfverlåtelseverkan, men Titius såsom slafvens herre blir genom den samma förpliktad antingen att till aflåtaren återställa saken såsom genom misstag mottagen, eller ock att såsom en slags nego-

tiorum gestor låta föra den samma till den afsedde gåfvotagaren, och därmed bringa öfverlåtelseakten till slut, något som väl är möjligt, då gåfvoförklaringen alltfort kvarstår och i all synnerhet om gåfvotagaren, såsom å sistnämda ställe förutsättes, redan förklarat sig vilja mottaga gåfvan, si cum mihi donare velles, iusserim te, i hvilket fall traditionen af saken alltså måst företagas ea mente, ut statim eius fiat. Denna afsigt har väl icke kunnat realiseras, så framt eller så långt slafven mottog saken för Titii räkning, men medförde dock, att gifvaren förlorar såväl besittningen som egendomen i och med det faktiska traderandet till slafven, under det att gåfvotagaren fortfarande solo animo, men ej corpore förvärfvat saken, hvaremot Titius väl corpore et animo erhållit en faktisk besittning men blott precario[1].

Kan sålunda hvarken det pactum nudum, som för tradition förutsättes och som blott betyder samförstånd, eller traditionen själf anses såsom aftal, så utesluter detta dock icke, att genom traditionen en öfverenskommelse, ett pactum, kunde vinna giltighet utan att vara contractus; tvärtom heter det uttryckligen i *l. 48 D. 2. 14 de pactis:* In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.

Öfverlåtelseakten kunde i sig innesluta eller eljes hafva föranledt och åtföljts af vissa biöfverenskommelser, hvilka för sin sociala giltighet icke kräfde något af de eljes af samhället fordrade uttrycken för viljeförklaringars verkliga dispositionskarakter, utan erhöllo denna, äfven måhända såsom blotta samförstånd, i och genom traditionsakten såsom tillräckligt bevis härom. Något märkligt är detta icke, då öfverhufvud de med ett rättsärende omedelbart förenade öfverenskommelserna städse såsom pacta adiecta ex

[1] På detta sätt tolkade synas de ifrågavarande lagrummen icke förete någon som helst inbördes motsägelse. Att slafven måste uppfattas som budbärare, framgår enligt min tanke tydligt af sammanhanget, ej minst genom jämförelsen et si procuratori. I hvad mån denna tolkning äfven kan användas till klargörande af ställenas betydelse för läran om ställföreträdareskap, är åter här icke tillfälle att undersöka, jfr Exner, Tradition s. 136 Note 39, Windscheid I: § 155 Note 7, Kohler i *Ar. f. bürg. R.* VIII: 54, 55.

[2] Äfven vid dotis datio förekommo dylika pacta conventa, jfr t. ex. *l. 7 D. 23. 4 de pactis dotalibus.* Gemenligen hänföras pacta adiecta blott till contractus, men då i *l. 7 § 5 D. 2. 14* bland exemplen äfven ett aftal om dos anföres — låt vara, att i det tänkta fallet aftalet icke kunde medföra rättsverkan, något som dock ej berodde därpå, att här var fråga om dos — så torde det vara riktigare att öfver hufvud här öfversätta contractus med lagligen verksamma rättsärenden.

continenti ansågos gällande, *l. 7 § 5 D. 2. 14.* Är ett dylikt pactum förenadt med traditionen vid öfverlåtelse af egendom, så har det samma dock knappast sakrättslig betydelse, utan innebär en tillsägelse i ett eller annat afseende med hänsyn till dispositionen öfver den traderade saken[1]. Så bör ett constitutum possessorium betraktas såsom en tradition med förbehåll genom ett pactum, att tradenten fortfarande skall innehafva saken t. ex. precario eller såsom låntagare eller hyresgäst och i hvarje fall icke såsom egare, jfr *l. 77 D. 6. 1 R. V., l. 33 § 1. D 39. 5 de donat., l. 18 pr. D. 41. 2 de adq. v. amitt. poss.* Om emellertid ett dylikt pactum i något fall medför sakrättsliga verkningar, så bero dessa i grunden icke af aftalet, utan af den inskränkning i rätten, som åtminstone vid mancipation blifvit in traditione af aflåtaren pålagd genom en ensidig lex dationi data[2] och till följd hvaraf saken lämnats icke såsom föremål för oinskränkt förfoganderätt, utan blott i inskränkt måtto: förvärfvaren kan själffallet icke tillegna sig annat eller mer än hvad som blifvit honom möjliggjordt att taga, men detta tillegnas på alldeles samma sätt som eljes och utan att därför mellan parterna något särskild rättsförhållande genom traditionen, om än möjligen genom ett biaftal, skapas — biaftalet verkar då såsom tillsägelse eller upplåtelse.

Tänkbart vore emellertid att, om den ofvan citerade *c. 20 C. 2. 3.* blott motställer hvarandra tradition och nudum pactum samt med afseende å dessa förklarar öfverlåtelse kunna ske endast genom båda i förening, en öfverlåtelse likväl skulle kunna vara tänkbar genom ett omedelbart aftal, som ej vore nudum pactum, utan ett contractus t. ex. ett köp. Frågan blir med andra ord den, huruvida köpet eller i allmänhet ett dylikt aftal såsom privatdispositiv akt kan verka ej blott obligerande, utan ock sakrättsligt, så att öfverlåtelsen fullbordas genom aftalet allena utan tradition eller traditionssurrogat[3]. Den frågan måste dock be-

---

[1] Jfr Karlowa, Rechtsgeschichte II: 684 ff.

[2] Jfr härom Pernice Labeo I: 472—487, III: 1. s. 97 ff. — Gaius, Institut. lib. II § 33, uttrycker vid tal om deductio usus fructus denna tanke på följande träffande sätt: »Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.»

[3] Se härom Bechmann, Kauf II: 82 ff., jfr I: 608 ff.

svaras nekande, redan på grund af den positiva formuleringen i *c. 20:* traditionibus dominia rerum transferuntur[1], särdeles när detta uttalande sammanställes med den likaledes ofvan citerade *l. 55 D. 44. 7.*, som icke blott framhåller ett fortfarande samförstånd såsom nödvändigt för en påbörjad öfverlåtelseakts bringande till slut, utan ock betonar, att in omnibus rebus, quæ dominium transferunt, det obligationsrättsliga förhållande, som möjligen genom ett aftal kommit till stånd — causa contrahendi må hafva varit hvilken som helst — icke är tillräckligt att låta id quod inchoatur perduci ad effectum. Endast real- och naturalköpet med ty åtföljande omedelbar tradition kan möjligen uppfattas såsom ett aftal med sakrättslig verkan, men uppenbart är, att dennna sakrättsliga verkan äfven här beror af traditonen, ej af aftalet, och att aftalet såsom sådant (och icke såsom tillika uttryck för blotta samförståndet) endast åstadkommer en obligatorisk verkan, nämligen i förra fallet säljarens fordringsrätt till priset. Skall köpet redan såsom ömsesidigt aftal medföra mer än en fordran mot hvardera aflåtaren, såsom eganderättens öfvergång eller andra sakrättsliga verkningar, så kan detta icke bero af privatdispositionen utan erfordrar uttryckligt lagstadgande, knutet till det uppkomna rättsförhållandets rättsfaktum, men något sådant har den romerska rätten ej att uppvisa. Genom ett sakköp såsom blott privatdisposition går väl, såsom Lenel skarpt framhållit[2], »die wirthschaftliche Herrschaft» öfver saken omedelbart och utan tradition öfver till köparen, äfven om hvarken besittning eller eganderätt genast följer därmed, men dennes ekonomiska dispositionsmakt är i så fall icke självständig, utan förmedlad genom en annans (aflåtarens) vilja och sammanfaller med en fordran mot denne. Till öfverlåtelsens åstadkommande erfordras alltså enligt rommersk rätt — och, man kan väl de lege ferenda säga, i princip — jemte aftalet om öfverlåtelse ett ytterligare rättsfaktum, hvarvid rätten knyter den sakrättsliga verkan. Öfverlåtelseaftalet allena framkallar ingen öfverlåtelse, men kan väl vara en iusta causa för öfverlåtelse genom tradition; och å andra sidan kan traditionen väl åvägabringa en öfverlåtelse, men den är icke, lika litet som mancipation och iniurecession, något aftal[3].

---

[1] Jfr ock Winroth, Strödda Uppsatser II: 20 ff.

[2] Jfr Lenel i *Jb. f. D.* XIX: 214 ff.

[3] Se ock framställningen hos Pernice i *Zt. d. Sav.* (Rom. Abth.) IX: 200 ff.

9.

Beträffande härefter upplåtelseärenden, så må till en början framhållas, att rätt i annans sak, t. ex. usus fructus, i och för sig betraktad innebär befogenhet för innehafvaren af denna rätt att på ett, med den objektiva rättens allmänna och den konkreta upplåtelsens särskilda bestämmelser rörande dispositionen, öfverensstämmande sätt förfoga öfver den sak, som utgör föremål för ususfructus-upplåtelsen. Den rättsliga möjligheten att utöfva en sådan befogenhet beror uppenbart *dels* af sakens tagande i besittning eller i allt fall af dess faktiska begagnande, *dels* ock af en rättmätig grund härför. Så till vida är alltså likheten med egendomsförvärf genom öfverlåtelse fullständig. Om t. ex. i ett gifvet fall dominus rei läte saken ligga obegagnad utan att taga den sida af sin dispositionsmakt, som lösbruten kallas usus fructus, i anspråk och tillika på förfrågan förklarade sig hvarken vilja begagna den samma eller hafva något emot, att annan, hvem som helst, upptoge den, och om med anledning häraf förfrågaren eller annan person, med egarens vetskap men utan någon som helst öfverenskommelse[1], gjorde sig till faktisk usufruktuarie af saken, så hade otvifvelaktigt härigenom en sakrätt uppstått, visserligen en i ordets egentliga mening prekär rätt, men dock en rätt och en mot tredje man i allmänhet skyddad rätt, jfr *l. 17 D. 43. 26 de precario,* alltså i detta fall utan stöd af något aftal[2]. Vill nu denne faktiske usufruktuarie befrias från ovissheten, vill han få sin rätt fast och säker och upphöra att blott precario vara usufruktuarie, så måste han söka uppnå en öfverenskommelse med dominus rei, jfr *l. 17 D. 8. 4. comm. præd.* Orsaken härtill kan icke vara orättmätig åtkomst af saken, då han blott occuperat hvad genom annans privatdisposition lämnats tillgängligt för tagande, och vore här fråga om eganderätt, så lede det intet tvifvel, att han heller icke behöfde något ytterligare stöd för sin dispositionsrätts bestånd. Men just därigenom att dominus rei icke uppgifvit hela sin dispositionsrätt, bibehåller

[1] Jfr Paulli Sentent. Lib. V: 6 § 11 (Krueger-Studemund, II: 117): »Precario possidere videtur non tantum qui per epistulam vel qualibet alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio patiente tamen domino possidet.»

[2] Jfr Dankwardt, i *Jb. f. D.* XIV: 292 ff., 308 ff.; Karlowa, Rechtsgeschichte II: 321; Ubbelohde i *Ar. f. civ. Pr.* LIX: 225 ff.

denne såsom egare ipso facto rätten att fritt förfoga öfver sin sak, så långt han ej själf afhändt sig dispositionsmöjlighet. Den bundenhet, som måhända kunde anses följa af hans viljeförklaring att låta annan begagna saken, kan enligt regeln i

> *l. 51 D. 4. 8. de receptis:* Si de re sua quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest,

när som helst återkallas, enär den pålagts honom af honom själf, icke af prekaristen, hvilken icke kunnat utan hans, icke lämnade, samtycke binda honom. Kan åter den faktiske usufruktuarien i nämda exempel på grund af tillsägelse och samtycke från egarens sida erhålla rätt att tillbinda denne, så inträder genast ett annat förhållande. Och å andra sidan, om han före besittningstagandet erhållit och begagnat denna möjlighet att genom privatdispositiv öfverenskommelse binda egaren, så innebär detta naturligen, att han i och med det samma är oberoende af ytterligare förhandlingar och kan utan vidare med skyddad rätt taga saken i besittning i och för utöfvande af ususfructus-rätten; huruvida han ock är härtill skyldig, beror af aftalets vidare innehåll.

Genom aftalet blir han sålunda skyddad mot egaren icke med hänsyn till sakrätten i och för sig, utan med hänsyn till möjligheten, att dominus rei kunde göra gällande sin mera omfattande dispositionsätt, hvilken såsom eganderätt är högre; genom besittningstagandet åter, eller möjligtvis äfven genom begynt utöfvande eller ett blott tillkännagifvande på annat lagligt sätt af sin vilja att med inskränkt rätt utöfva eller besitta, är han skyddad mot hvarje annan, egaren inbegripen, med hänsyn till sakrättens ostörda åtnjutande. Något hinder, rent logiskt sedt, för samhället att anse denna viljeförklaring afgifven redan i och med aftalets ingående med egaren finnes uppenbarligen icke, utan beror detta uteslutande af hvad som kan ur social säkerhetssynpunkt anses lämpligt eller icke. Men lika uppenbart är, att *om* samhället genom sin objektiva rätt förklarar ett ususfructusaftal mellan egaren af saken och den tilltänkte usufruktuarien äfven innebära en giltig förklaring af denne senare, att han tillegnat sig saken i detta afseende, så kan detta icke förändra det faktum, att aftalet såsom privatdisposition allenast grundar en fordringsrätt mot egaren, låt vara att sakrätten samtidigt vinnes därigenom, att samhället på grund af aftalet präsumerar en saklig tillegnelseförkla-

ring såsom ingående i tillbindandets dispositionsakt. Att en sådan präsumtion kan vara berättigad, i synnerhet om den sak, hvartill en fordringsrätt inrymts genom aftalet, är sådan, att den ej kan helt och hållet eller varaktigt tagas i verklig besittning, utan endast så snart och så långt sådant är för rättens utöfning nödvändigt, synes vara självklart.[1]

Fasthållas dessa synpunkter, torde källornas uttalanden ej vara svåra att tolka eller bringa i samklang med hvarandra.[2]

Enligt Gaius[3] kunde en usufructusupplåtelse ske allenast in iure cessione, så framt upplåtelsen afsåg fastighet i Italien: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum effecit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retin et; creditur enim ea cessione nihil agi. Beträffande provinsfastigheter åter gälde, enligt Gaius, att den som ville usumfructum ceteraque similia iura constituere, väl icke kunde göra detta medels in iure cessio, men däremot pactionibus et stipulationibus id efficere potest. Sistnämda uttalande upptogs af Iustinianus såsom allmängiltigt och insattes i *l. 3 pr. D. 7. 1. de usu fructu*, där det i sin mån medverkat till teorien om sakrättsligt verkande aftal. Härvid är emellertid att märka, först och främst, att dessa pactiones et stipulationes[4] af Gaius satts som ersättningsmedel för in iure cessio och följaktligen, då eljes tradition ersätter denna akt ifråga om res nec mancipi, af honom ansetts träda i stället äfven för denna, helst en saktradition för servitutsdisposition ej var möjlig. I alla händelser hafva de tydligen tänkts såsom reglerande usufruktuariens rätt i förhållande till egaren. Då det vidare vid in iure cessio[5] var is cui res in iure ceditur, som ita dicit: AIO MIHI IUS ESSE UTENDI FRUENDI IN FUNDO, d. v. s. som upp-

[1] Jfr v. IHERING, Geist III: 139 ff.

[2] Jfr till det följande v. VANGEROW, Lehrbuch I: 855 ff. § 350 Anm. 1, 2.

[3] Gai Institut. Lib. II § 30 ff., (KRUEGER-STUDEMUND I: 50, 51).

[4] Härom se LENEL *Jb. f. D.* XIX. 183 ff.; KARLOWA, Rechtsgeschäft s. 223—227; PERNICE, Labeo III: 1. s. 101—114 och i *Zt. d. Sav.* (Rom. Abth.) IX: 205 ff.; BECHMANN, Kauf I: 234 ff., II: 53, 54.

[5] Se Gai Institut. Lib. II: § 24; jfr formulären hos KELLER-WACH, Röm. Civilprocess s. 75.

trädde såsom aktivt handlande och med vindikationsanspråk, under det att is qui cedit blott hade att tiga eller förneka sig ega anspråk,[1] så torde just detta moment äfven hafva af Gaius på något sätt tänkts göra sig gällande vid upplåtelse utom rätta pactionibus et stipulationibus, synnerligast som äfven traditionen innebar ett tagande och ett aktivt handlande från förvärfvarens sida. Grunden för upplåtelsen kunde alltså icke ligga i dessa pactiones et stipulationes, utan måste, liksom vid öfverlåtelse, sökas i en föregående iusta causa i form af gåfva, köp eller annan rättshandling. Sannolikt är dock, att Gaius med pactiones åsyftat ett grundläggande aftal, låt vara formlöst, men i allt fall iure gentium giltigt, hvilket då skulle följas af en stipulatio såsom surrogat för tradition eller in iure cessio; ett dylikt grundläggande aftal innebure emellertid under denna förutsättning naturligen endast en tillsägelse att tradera eller ingå i stipulationen, icke ett upplåtande af saken och vore intet »dinglicher Vertrag.» Men möjligt är å andra sidan, att Gaius alldeles samordnat pactiones et stipulationes såsom likvärdiga ersättningsmedel för traditionen, resp. in iure cessio. Huru som helst, är det tydligt, att redan den omständigheten, att Gaius upptagit stipulationen, hvilken obestridligen är ett obligerande aftal, såsom medel för åvägabringande af sakupplåtelse, måste häntyda därpå, att sakrätten snarare tänkts såsom följd af konstituerandet eller undanrödjandet af de hinder hvilka för den samma stodo i vägen, än såsom omedelbart åvägabragt och förvärfvad pactionibus et stipulationibus. Händelsernas gång blefve då ungefär den, att förvärfvaren på grund af en förefintlig iusta causa själf satte sig i besittning af eller begynte använda den honom tillkommande saken, sedan han genom ett aftal med upplåtaren erhållit dennes tillsägelse att icke störas eller hindras häri; förvärfvarens roll blefve här alldeles den samma som eljes, upplåtarens åter finge en mera negativ karakter än eljes. Genom en sådan tillsägelse kunde ock upplåtaren åstadkomma alldeles det samma som, enligt *l. 3 pr. D. 7. 1 de usu fructu,* ålåg en heres med afseende å en iure legati konstituerad usus fructus, eller att dare alicui usum fructum, något som enligt samma lagrum ansågs fullgjordt, si induxerit in fundum

[1] Detta utesluter ej, att aflåtaren före själfva hufvudakten både var och måste vara själf verksam, eller att han därvid kunde legem dicere, hvarigenom rätt i den aflåtande saken uppkom, jfr Pernice, Labeo III: 1. s. 98 ff.

legatarium eumve patiatur uti frui. Otvifvelaktigt kan mot en dylik tolkning af pactionibus et stipulationibus invändas, att *l. 3 pr. D. cit.* dock uttryckligen förklarar, att si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, och att genom en dylik nonfieri-stipulation ett positivt konstituerande icke egt rum. Därtill må emellertid svaras, dels att det dock endast heter id efficere potest, d. v. s. att han kan framkalla ett sådant resultat, men detta sker lika väl på det ena som på det andra sättet, dels ock att källorna själfva, såsom af Karlowa först visats, lämnat ett ojäfaktigt bevis för tolkningens riktighet bl. a. i

> *l. 3. § 2 D. 19. 1 de act. empt. vend.:* Si iter actum viam aquæ ductum per tuum fundum emero, vacuæ possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri quo minus utar. Jfr *l. 20 D. 8. 1; l. 25 § 7 D. 7. 1.*

Genom pactiones et stipulationes åstadkoms sålunda närmast blott ena sidan af traditionen, nämligen aflåtarens dereliktion af besittningen så långt inrymmandet sträckte sig, vacuæ possessionis, hvilken icke kunde traderas, men då detta liksom vid tradition skedde under medverkan — vid stipulationen rent af på uppfordran — af förvärfvaren, så är klart, att om traditionens rättsföljd skulle blifvit sakrätt, dess faktiska och af privatdispositionen såsom sådan framkallade verkan sakbesittning, så måste äfven af dessa pactiones et stipulationes framgå som *rätts*följd sakrätt, som omedelbar privatdispositiv verkan sakbesittning — det senare emellertid icke genom det derelinkverande upplåtelse-aftalet, utan genom den därmed följande eller samtidiga occupationen från stipulators sida[1].

Hindrades sedermera en usufruktuarie i sitt behöriga tillgodogörande af den sak, hvari han sålunda på grund af sin af nödiga rättsfakta stödda besittning eller utöfning i enlighet med föreskrifterna i den objektiva rätten egde sakrätt, så kunde han i följd af detta rättsordningens bud erhålla skydd medels ett interdictum unde vi, eller om han redan från början vare sig af egaren eller af tredje man förmenades tillträde till saken, medels en vindikationsklagan enligt

[1] Jfr ock Affolter i *Ar. f. bürg. R.* VIII: 30—32. — Det gafs äfven en stipulatio, genom hvilken usufruktuarien förpligtades »et usurum se boni viri arbitratu et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit», jfr *l. 1. D. 7. 9 usuf. quemadm. caveat.*

> *l. D. 43 16, de vi:* [13.] Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet 'si prohibeatur uti frui usu fructu fundi'. [14.] Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem aut non admisit, cum ex fundo exisset non usus fructus deserendi causa. ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet. quid ergo est? debet fructuarius usum fructum vindicare[1].

Usufruktuarien hade således att mot en inkräktare före början faktisk utöfning af sakrätten genom en actio confessoria in rem, resp. publiciana confessoria in rem, vindicera fastigheten i afseende på dess disponerande för usus fructus. Därvid måste han naturligen stödja sitt påstående: AIO MIHI IUS ESSE UTENDI FRUENDI IN FUNDO, på något rättsfaktum, men detta torde, därest in iure cessio egt rum, kunnat ske genom åberopande häraf. Kunde åter ett sådant bevis icke åvägabringas, emedan någon in iure cessio icke egt rum, så synes dock mot tredje man som inkräktare en hänvisning icke till aftalet med egaren, utan till kärandens lagliga tillegnelsehandling hafva bort vara tillräcklig för att grunda hans bättre rätt, då i detta fall varaktigheten och fastheten i hans rätt gent emot dominus rei var likgiltig[2]. Gälde det däremot att häfda ususfructus-rätten just emot dominus rei, så kunde naturligen mot dennes exceptio iusti dominii, *l. 16 D. 6. 2 de publ. in rem,* sättas en replicatio ex pacto, hvarigenom egarens *bundenhet att tåla* en fortfarande ususfructusrätt i fastigheten ådagalades; men detta är tydligen intet annat än en ford-

[1] Att här afses intrång såväl af fastighetens egare som af tredje man, framgår af *l. 60 § 1 D. 7. 1,* hvarom se KARLOWA, Rechtsgeschichte II: 467. Jfr *Fragm. Vat.* §§ 91, 93, af hvilka den sistnämda, (enligt HUSCKE's förslagsmening Jurisprud. anteiustinian. s. 653) lyder: »Restitutus ex. hoc interdicto ususfructus intellegitur, cum petitor in fundum admissus sine periculo interdicti UNDE VI ad eam rem propositi depelli non potest. idem Pedius ait diversam causam esse possessionis, cum ille qui posses[sor est, nisi a non possessore deiici non possit, qui vero ususfructus nomine quasi possideat, etiam a possessore, quominus fruatur, prohiberi possit]» — slutmeningen [inom klammer] saknas i handskriften jfr KRUEGER-STUDEMUND, III: 47.

[2] Jfr *l 5 pr. in fine D. 7. 6. si u. f. petetur:* quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

ringsrätt, grundad på aftal eller annan öfverenskommelse samt afsedd att komplettera och stödja det sakrättsanspråk, som redan genom tillegnelse ex precario uppstått. Var åter en stipulatio ingången, kunde usufruktuarien självfallet använda en actio ex stipulatu, såsom ock uttryckligen i källorna säges, t. ex.

> *l. 38 D. 45. 1. V. O.:* [10.] Si quis ita stipulatus fuerit 'uti frui sibi licere', ad heredem ista stipulatio non pertinet. [11.] Sed et si non addiderit 'sibi', non puto stipulationem de usu fructu ad heredem transire, eoque iure utimur. [12.] Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. Et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.

Att det för öfrigt icke var aftalet med dominus rei såsom privatdispositiv akt, utan innehafvet af ususfructus, som grundade sakrätt, och att usufruktuarien efter förlust till tredje man af innehafvet genom egarens åtgärd endast egde ett fordringsanspråk mot dominus rei framgår otvetydigt af källorna. Väl heter det i

> *l. 19 D. 7. 4 quib. mod. ususf. amitt.:* Neque usus fructus neque iter actusque dominii mutatione amittitur;

men härför var dock förutsättningen, att ususfructus faktiskt innehades, såsom af andra ställen i samma titel framgår, t. ex.

> *l. 29. pr. D. h. t.:* Pomponius quærit, si fundum a me proprietarius conduxerit eumque fundum vendiderit Seio non deducto usufructu, an usum fructum per emptorem retineam. et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usum fructum amitti, quia non meo nomine sed suo fruitus est emptor: teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit id factum non esse. quamquam si a me conductum usum fructum quis alii locaverit, retinetur usus fructus: sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti: non enim meo nomine fruitur colonus. [1.] Sed si emptum a me usum fructum proprietarius vendidisset, amitterem usum fructum, quærendum est. et puto amitti, quoniam et hic non ut a me empto fruitur fundi emptor. —

Liknande gäller ock rörande upplåtelser af andra iura in re, hvilka enligt källorna konstitueras pactionibus et stipulationibus, jfr *l. 1 § 1 D. 7. 8 de usu et habit.*, *l. 5 pr. D. 8. 1 de servit.* — Med afseende å uppkomsten af panträtt i icke traderad sak, hypotheca, må dock särskildt framhållas att, äfven om man icke ville med Brinz[1] tala om en obligatio rei, hvilket onekligen ligger närmast till hands, när man strängt håller sig till källornas egen tankegång och uttryckssätt, det i allt fall är uppenbart, att denna hypoteksrätt som, enligt hvad uttryckligen i *l. 4 D. 20. 1 de pign. et hypot.*, *l. 1. pr. D. 13. 7. de pign. act.* m. fl. förklarats, contrahitur non sola traditione sed etiam nuda conventione, betraktats såsom en, låt vara på visst sätt vid en sak bunden, fordringsrätt. Huru än härmed i detalj förhåller sig, synes emellertid med full visshet kunna påstås, att hypoteksrätten såsom ius in re utan eller före tradition beror af och grundar sig på hypoteksrätten såsom fordringsrätt, samt att det är denna sistnämda, som genom aftalet såsom privatdispositiv akt uppkommer[2]. Och någon som helst omöjlighet att söka förklaringen till sakrätten äfven i detta fall i en panträttsegarens tillegnelsehandling vacua possessione samtidigt med aftalet liksom vid servitutsupplåtelse, synes alldeles icke finnas. —

Härmed skulle sålunda vara ådagalagdt, att enligt romersk rätt ett upplåtelseärende endast så till vida kan anses såsom aftal, som därigenom en mer eller mindre varaktig inskränkning i den behållna eganderättens utöfvande obligatoriskt tillsäges, men att i afseende på själfva sakrättens uppkomst denna ex lege sker genom

[1] Brinz, Pandekten II: 3 ff, 835 ff.(§§ 208 ff., 346 ff.). — Att Brinz betonat obligationens karakter af »Haftung» eller bundenhet i motsättning mot den vanliga uppfattningen af obligationen såsom en förpliktelse, hvarmed blott refereras till den bundnes person, kan åtminstone från min ståndpunkt och med min uppfattning af rätt och rättsordning icke anses annat än som en synnerlig förtjänst, jfr min Ueber Rechtsauslegung s. 55 not 2, Kritik och Motkritik s. 52 ff. — Om pignus-aftal se Pernice i *Zt. d. Zav.* (Rom. Abth.) IX: 208 ff.

[2] Det samma gäller om superficies och emphyteusis, hvilka båda i källorna anges uppstå genom kontrakt jfr t. ex. *l. 1 pr. D. 43. 18 de superfic.*; *c. 1. C. 4. 66. de jure emphyt.* — Att emphyteusis uppstått ur ett precarium, har af Dankwardt i *Jb. f. D.* XIV: 322 ff. uppvisats; jfr Lenel i *Jb. f. D.* XIX: 208, 209. — Äfven Krückmann, Vertragsschluss s. ff. 29, har, ehuru i annan riktning, sökt begagna jämförelsen med precarium. Öfver hufvud torde precarium-institutet vara väl egnadt att framhäfva skilnaden mellan rättsförhållanden och rättsföljder som grundas på aftal, och sådana som grundas på andra privatdispositiva akter.

en begränsad öfverlåtelse genom tradition eller ett i dess ställe trädande obligerande aftal plus en tillegnelseförklaring ex precario. Så vidt man blott i tanken fasthåller de båda akternas inbördes skiljaktighet, kan dock det hela betraktas såsom ett ärende och såsom sådant benämnas aftal, eftersom däri äfven ingår en tillsägelse eller ett samtyckt pålägg och tillbindande. Såsom privatdispositiv akt ger alltså upplåtelseaftalet upphof endast åt en fordringsrätt mot upplåtaren, obligatio inducendi et patiendi, eller möjligen tilllika för denne mot förvärfvaren, obligatio utendi boni viri arbitratu; men såsom blott rättsfaktum dessutom åt en legaliter oundviklig (= ej af privatdisposition för sin uppkomst beroende) sakrätt, hvarmed dock är väl förenligt, att särskilda verkningar af den legala rätten kunna genom särskild privatdisposition afstås, såsom t. ex. enligt *l. 4 D. 13. 7 de pign. act.*

10.

Enligt fornromersk rätt erfordrades för giltig betalning af en skuld ej blott faktisk solutio ex iure gentium, utan äfven ett offentligt och formligt frisägande från skulden, nexi liberatio, genom en aktiv handling från gäldenärens egen sida. Och äfven med afseende å den med en begränsad sakrätt förenade fordringsrätten mot en dominus rei var ett särskildt frisägande genom en upplåtelsen motsvarande contrarius actus möjlig, men därjämte genom ett ensidigt uppgifvande; att detta dock ej kan uppfattas såsom aftal utan blott såsom afsägelse, torde ej behöfva något särskildt bevis[1]. Bortsedt för öfrigt från den faktiska solutio, hvilken själffallet icke kan i och för sig uppfattas såom aftal[2], blir alltså frågan, om och i hvad mån dylika frisägelseärenden kunna eller böra såsom aftal betraktas. Därvid torde böra skiljas mellan sådana, hvilkas befriande verkningar inträdde ipso iure, såsom acceptilatio, contrarius dissensus, novatio, och sådana,

[1] Härom se Meissels i *Grünh. Zt.* XVIII: 665 ff., XIX: 10 ff.

[2] Eger solution rum genom datio in solutum, så är naturligen ej heller denna akt i och för sig ett aftal, ehuru för dess företagande *förutsättes* borgenärens bifall eller samtycke och alltså ett samförstånd eller ett aftal med denne, se *l. 46 D. 46. 3 de S. et L.; pr. I. 3. 29. quib. mod.* — Går förbindelsen ut på medverkan till ingående af ett aftal, så består solutio dock icke i detta aftal, utan i utförandet af den rättshandling, anbud eller antagande, som från den förbundnes sida därför erfordras; jft min Pacta de contrahendo s. 56.

där detta skedde ope exceptionis, såsom vid compensatio och pacta de non petendo[1].

Acceptilationen har väl formen af en stipulatio och skulle sålunda lätteligen kunna anses äfven vara ett aftal, helst den samma måste noga öfverensstämma med den stipulatio, hvars obligatoriska följder den skall upphäfva, jfr *l. 14 D. 46. 4 de accept.* Men lika visst är å andra sidan, att källorna icke betecknat acceptilationen såsom vare sig pactum eller stipulatio, utan tvärtom såsom contrarius actus till den senare och endast härtill enligt den allmänna regeln i

> *l. 80 pr. D. 46. 3 de S. et L.:* Prout quidque contractum est, ita et solvi debet,

eller blott såsom en legitimus actus enligt *l. 77. D. 50. 17 div. reg.,* jämställd för öfrigt med en solutio:

> *§ 1. I. 3. 29 quibus modis obl. toll.:* Est autem acceptilatio imaginaria solutio,
>
> *l. 1 D. 46. 4 de accept.:* Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio.

Klart är ock, att acceptilationen såsom ett slags betalningsakt måste hafva rättsupplösande, icke rättsgrundande betydelse, och att den följaktligen, då källorna med aftal endast mena handlingar af sistnämnda slag, heller icke kan betraktats såsom aftal. Uttryckligen heter det nämligen om betalning, äfven där denna sker per errorem solventis och till följd däraf framkallar en fordringsrätt, att denna rätt dock icke kan anses grundad på aftal, emedan den framkallats af en handling, som företagits mera distrahendi quam contrahendi causa, jfr

> *l. 5 § 3 D. 44. 7 de O. et A.:* Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendæ obligationis animo quam contrahendæ dare videtur.

Emellertid skall icke förnekas, att källorna äfven innehålla uttryck och satser, ssm kunna tolkas i annan riktning, såsom

> *l. 27 § 9 D. 2. 14 de pactis:* Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur.

[1] Sohm, Institutionen (1894), s. 330 ff. § 76.

En acceptilatio inutilis skulle alltså gälla såsom pactum de non petendo, hvilket naturligen synes förutsätta, att acceptilationen själf är eller kan vara ett pactum. Härmed måste likväl sammanställas

> *l. 8 pr. D. 46. 4 de accept.:* An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quæritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. dicet aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit?

Ulpianus, från hvilken texten är tagen, förklarar sålunda, at en acceptilatio inutilis endast under den förutsättning kan gälla såsom pactum de non petendo, att is qui accepto ferebat icke insett aktens rättsliga karakter, utan besvarat frågan quod ego tibi promisi, habesne acceptum? jakande i afsigt att därmed göra en giltig tillsägelse de non petendo, men att, om han insett eller kunnat inse att denna acceptilationem nullius esse momenti, emedan t. ex. skulden icke var stipulationsskuld eller acceptilationen var in diem facta, jfr *l. 19 pr. D. h. t., l. 5. eod.*, något tvifvel icke var möjligt pactum non esse, emedan han icke samtyckt till ett aftal, cum consensum paciscendi non habuerit. Af sistnämda *l. 19 pr. eod.* framgår ock alldeles följdriktigt, att det icke stod gäldenären en ovilkorlig exceptio pacti conventi till buds, för den händelse ingen verbalobligation förelegat, utan blott att en sådan eller en exceptio doli kunde i dylika fall komma att åberopas[1].

Med acceptilationen är ifråga om konsensualobligationer contrarius dissensus jämförlig och i källorna sammanställd, *l. 80 D. 46. 3 de S. et L., l. 35 D. 50. 17 div. reg.* Men det visar sig i alla fall dem emellan en bestämd skilnad. Kan nämligen acceptilationen endast undantagsvis, och då förhållandena sådant angifva, betraktas såsom pactum och i så fall såsom pactum de non petendo, så är det alldeles tydligt, att contrarius dissen-

[1] Jfr dock Hartmann i *Ar. f. civ. Pr.* LXXXV: 48, 49. — En acceptilatio kunde själf icke jäfvas genom en exceptio doli. Att detta var en inre och ej, såsom Bähr Die Anerkennung (1855) s. 109, anser, en blott yttre skilnad mellan acceptilatio och stipulatio, torde vara uppenbart, och visar å andra sidan i sin mån hän på, att en begrepps- eller genusskilnad fans.

sus tvärtom i grunden intet annat är än just ett pactum de non petendo, ehuru af lagen tillagdt verkningar utöfver aftalet. Synnerligen upplysande är i detta afseende

> *l. 58 D. 2. 14 de pactis:* Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quæ me ex empto præstare tibi oporteret, præstitissem et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus præstitis mihi a te in re vendita omnibus, quæ ego tibi præstitissem, pretium mihi non dares tuque mihi ea præstitisses: pretium te debere desinere, quia bonæ fidei, ad quam omnia hæc rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quæ obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quæ ego tibi præstitissem, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine præstares. Illud plane conventione, quæ pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi præstiti contra præstare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur ut a pristino negotio discedamus, quam ut novæ quædam obligationes inter nos constituantur.

Redan det, att den romerske juristen, Neratius, betecknar contrarius dissensus såsom åvägabragt consensu eorum qui inter se obligati sint, är i viss mån betecknande. Och själfva det faktum, att den handling, hvarvid återgången stödjes, utan tvekan kallas conventio, låt vara, att därmed den allra vagaste och allmännaste beteckning, som kunnat väljas, blifvit använd, är det icke mindre. Juristen ville uppenbart tillägga contrarius dissensus samma verkan och kraft, som en acceptilatio, icke som ett pactum de non petendo, men för den skull var det nödvändigt att här frånkänna parternas faktiska conventio den tillsägelsekarakter, som en sådan i hans ögon måste hafva. Två fall äro här tänkbara och på två vägar når han ock sitt mål. Å ena sidan förklaras det helt enkelt vara non dubium, att omnibus integris recedi possit, tydligtvis i den mening, att genom parternas ömsesidiga samtycke och medgifvande, consensu, till hvarandra att träda tillbaka en af de nödvändiga förutsättningarna för obliga-

tionen, samförståndet, på ett otvetydigt och socialt fullt uppfattbart sätt bortfaller, och att rätten vid detta faktum i och för sig anknutit obligationens återgång ipso iure. Å den andra anser han det vara likgiltigt, huruvida contrarius consensus åstadkommes omnibus integris eller blott in integrum his restitutis, men han ser sig på samma gång nödsakad att afböja den slutsats, som närmast kunde i det senare fallet dragas, nämligen att consensus i själfva verket innebure, ut novæ quædam obligationes inter nos constituantur — något som alldeles bestämdt skulle medfört skiljaktighet från acceptilationen. Sin åsigt i detta stycke stödjer han dels därpå, att först *sedan* den prästation, som ena parten redan verkställt, återgått, his in integrum restitutis, det upplösande samförståndet uppkommer, consentiremus, och att detta endast åsyftar, ne quid tu mihi eo nomine præstares, hvarigenom alltså full likhet med fallet omnibus ab initio integris ernåtts; dels ock därpå, att den conventio, som i allt fall måste föregå, därest prästation redan skett från ena sidan, icke kunde anses grunda en rättslig fordran, ut tu quod iam ego tibi præstiti contra præstare mihi cogaris, hvilket varit det följdriktiga och naturliga, om den varit ett verkligt konsensualaftal, utan endast möjliggöra inträdet af den förutsättning, hvarförutan hela frågan måste förfalla, d. v. s. att den i själfva verket betecknade icke ett konsensualaftal, utan såsom eljes ett blott pactum eller samförstånd, hvars realiserande berodde af parternas vidare frivilliga åtgärder: grunden härför var enligt Neratius den, att öfverenskommelsen pertinet ad resolvendum id quod actum est, och att därför en sådan tolkning af detta bonæ fidei negotium vore tillåten, hvarigenom nämda syfte kunde uppnås, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. De många ordens korta mening är för honom alltså den, att en conventio, som afser en konsensualobligations återgång, i och för sig väl bort verka blott som ett ömsesidigt pactum de non petendo och eventuelt de restituendo, men att *rättsordningen* likväl tillagt den såsom contrarius dissensus en ipso iure upplösande kraft[1].

Beträffande åter ett pactum de non petendo, så lider det icke något tvifvel, att detta, huru det än må i den moderna pandekträtten uppfattas, för den romerska åskådningen endast med-

[1] Jfr Bechmann, Kauf II: 469 ff., 478, 479.

förde väl icke ett anspråk mot, men likväl en moraliskt och ope exceptionis äfven juridiskt verkande bundenhet hos aflåtaren att icke kräfva, eller att icke kräfva en viss gäldenär, jfr *l. 7. § 8 et sequ. D. 2. 14.* Källorna behandla sålunda det samma såsom aftal, ehuru icke såsom contractus, något som tvifvelsutan äfven beror däraf, att ett pactum nudum i och för sig mera framträdde såsom en ensidig utfästelse än som ett på grund af samtycke åvägabragt påläggande, jfr *l. 40 pr. D. 2. 14 de pactis, l. 41 eod.* m. fl. — oafsedt för öfrigt, att ett pactum de non petendo för sin rättsverkan alldeles icke behöfde kontraktskarakter eller ens skulle haft någon fördel däraf, i det att dess syfte var rent negativt: undanröjande af en actio; såsom kontrakt hade det ej heller själft kunnat göras gällande medels en egen actio. Den aflåtare, som i strid med sin utfästelse nemine contradicente, sökte positivt tilltvinga sig rättsfördelar, dem han omedelbart uppgifvit, ansågs dessutom handla emot den bona fides, som beherskade dylika negotia och därför böra afvisas[1].

Med ett pactum de non petendo torde äfven under vissa förutsättningar en af privatdisposition beroende kvittning kunna likställas. Om nämligen två personer t. ex. förlikningsvis öfverenskomma att mot hvarandra kvitta de fordringar, de vid en viss tidpunkt kunna inbördes hafva, utan att noga uppskatta dessa, så innebär detta ett ömsesidigt samförstånd och utfästande att icke kräfva dessa belopp. Skulle åter kvittningsärendet afse en compensatio i egentlig mening och utom rättegång efter konstaterande af de inbördes kvittningsgilla skulderna vid en viss tidpunkt, så måste väl en öfverenskommelse därom, *att* ett sådant konstaterande skall ske, anses som ett aftal — om pactum eller contractus beror af förhållandena — men däremot är själfva konstaterandet, d. ä. utförandet af kvittningsärendet, icke något aftal[2], jfr

> *c. 4 C. 4. 31 de compens.:* Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quoad utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, eisque solius, quad amplius apud alterum est, usuræ debentur, si modo petitio earum subsistit;

[1] Jfr Munch-Petersen, Løftet s. 25—28; Pernice i *Zt. d. Sav.* (Rom. Abth.) IX: 212 ff. — Meissels i *Grünh. Zt.* XVIII: 700 ff. (jfr s. 669), ser i frisägelseärenden rörande fordringsrättigheter väl aftal, men däremot ej uttryck för »Verzicht sensu stricto.»

[2] Så ock Nordling i *T. f. R.* I: 370, not 1.

l. 10. § 1 D. 16. 2 de compens.: Si quis igitur compensare potens solverit condicere poterit quasi indebito soluto.

Hvad slutligen beträffar novationen såsom privat dispositionsakt, så kan icke ens sättas ifråga, att den samma icke skulle vara ett aftal och ett obligerande aftal, då den efter litteralkontraktets försvinnande ur bruk, kunde ske allenast genom stipulatio[1]. Men dess liberatoriska rättsverkningar äro å andra sidan icke en följd af denna dess aftalskarakter, utan bero af särskilda omständigheter. Novationen är nämligen städse såsom stipulation obligerande, men huruvida den tillika blir libererande d. v. s. verklig novation, det beror af id quod actum est, såsom ofta i källorna framhålles, *l. 2. D. 46. 2 de N. et D.* Om nämligen den nya stipulationsskuld, som ingås mellan gäldenär och borgenär i ett äldre skuldförhållande, novandi animo intervenit, *l. 8. § 5. D. h. t.*, så inträder befrielse från den första skulden såsom en följd ipso iure af den faktiska transfusio atque translatio, *l. 1 pr. D. h. t.*, som därigenom bragts till stånd. Och om borgenären i ett gifvet skuldförhållande på det sätt förfogar öfver sin fordran, att han stipulerar den sammas betalning af annan efter att hafva med denne öfverenskommit att i stället icke vidare kräfva den förste gäldenären eller af honom mottaga betalning, d. v. s. om denna nya stipulation ingås novandi animo och icke såsom borgensförbindelse för den första, så inträder befrielse för den förste gäldenären, etiamsi nolit, såsom följd af den faktiska transfusio atque translatio, som äfven därigenom kommit till stånd, och som utgör vilkor för den nya stipulationens tillkomst. En dylik transfusio atque translatio, åstadkommen genom novationsstipulationen, utgör likaledes den faktiska grunden för delegantens befrielse i förhållande till delegataren i det fall, att någon vill, såsom det heter i

l. 11. pr. D. h. t.: vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit,

om nämligen därvid delegationen eller anvisningen tillika går ut på ett promittere till delegataren af alius reus såsom mandatarie eller å sin sida gäldenär till deleganten. Men transfusionen möjliggöres här genom dels den ensidiga aflåtelsehandling, som ligger i iussus stipulandi, delegationen må för öfrigt hafva skett i form af aftal mellan delegant och delegatar eller icke; jfr

[1] Se härom Karlowa, Rechtsgeschichte II: 739 ff.

l. 11. § 1. D. h. t.: Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem;
l. 17 eod.: Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest;

dels det samförstånd mellan delegant och delegat, som måste åvägabringas, innan novationsstipulationen kan af den senare ingås och som antingen är ett blott pactum eller ett, en vilkorlig bundenhet till expromission framkallande aftal. Ej heller blir delegaten genom detta aftal, utan jämväl först genom den tillsagda expromissionens fullbordade rättsfaktum, fri i förhållande till deleganten[1].

Enligt romersk rätt är alltså en frisägelseakt, som verkar ipso iure, lika så litet som en öfverlåtelse eller en upplåtelse i och för sig ett aftal, men väl den, hvars verkningar framträda ope exceptionis, låt vara att äfven i förra fallet frisägelsen kan ingå såsom moment i ett tillsägelseärende[2].

---

[1] Om novation och delegation se v. Blume, Schuldübertragung s. 3, 4, 20 ff. — Ett dylikt aftal mellan delegant och delegat är alltså ett slags förhandsaftal, att pactum de contrahendo cum tertio.

[2] Hvad angår frågan, huruvida de liberatoriska eller remissoriska rättsverkningarna af de båda rättsärenden, hvilka äro kända under namn af förlikning och cession af fordringar, äro eller icke äro grundade i aftal, så är tydligt beträffande det sistnämda, att då den senare romerska rätten betraktade den cederade fordringen såsom en sak, *l. 17 D. 18. 4 de her. v. act. vend.*, rätten till denna äfven måste behandlas såsom rätt till sak och sålunda gäldenärens bundenhet, om än icke rätt, i förhållande till cedenten upphöra i och med fordringen-sakens öfverlåtelse, alltså icke på grund af aftal, äfven om öfverlåtelsens causa varit en venditio eller annat aftal; i den äldre rätten åter, där cession blott var möjlig såsom mandatum in rem suam med denunciation, måste gäldenärens befrielse i förhållande till mandanten grunda sig på den ensidiga denunciationsakten och sålunda heller icke på något aftal, jfr Gai Inst. Lib II: §§ 38, 39. — Beträffande slutligen förlikning, transactio, så var denna antingen blott ett pactum, skyddadt med hjälp af en poenalstipulation, eller ock en acceptilation medels stipulatio Aquiliana, jfr *l. 2 D. 2. 15 de transact., l. 15 eod.*, hvilken i så fall förutsatte ett, förhållandet mellan transigenterna quasi de re dubia et lite incerta neque finita, *l. 1 D. h. t.*, förberedelsevis normerande pactum. Är förlikning ett pactum, »hvarigenom kontrahenterna genom ömsesidigt eftergifvande *komma till enighet* beträffande bestridda eller ovissa anspråk» — se Trygger, Skriftliga bevis s. 27 not 3, jfr Bähr, Die Anerkennung (1855) s. 117 ff., 168 — så innebär detta dels ett ömsesidigt tillsägande om att icke vidare göra vissa anspråk gällande, alltså ett pactum de non petendo, dels ett samförstånd om hvad som skall genast eller framdeles prästeras och i senare fallet en tillsägelse om fullgörande däraf eller ett erkännande af bundenhet därtill.

11.

Står det å ena sidan fast, att ett romerskt pactum städse afser ett privatdispositivt normerande af ett genom samma pactum framkalladt eller eljes bestående rättsförhållande genom åvägabringande af en samtyckt ensidig eller ömsesidig bundenhet, så är det å den andra lika visst, att den romerska rätten i regel icke velat tillerkänna den blott på ett dylikt pactum grundade bundenheten ett positivt rättsligt skydd såsom rättsanspråk, utan härför fordrat, att dispositionsakten antingen i sig egt eller med sig förenat något särskildt, med afseende på allvaret och afsigtligheten i parternas förklaringar enligt samhällsuppfattningen betryggande, moment eller eljes varit på bestämdt sätt beskaffad. Endast ett pactum af dylikt slag erhöll betydelse af contractus eller ett med actio utrustadt aftal och grundade en bundenhet, som kunde utmynna i ett anspråk. Det blir sålunda dessa contractus såsom typiska rättsaftal, hvartill forskaren har att närmast hålla sig, särskildt med hänsyn till frågorna, hvarigenom och när ett aftal kommer till stånd såsom rättsärende. Det största intresset erbjuda härvid å ena sidan de så kallade konsensualkontrakten, hvilka endast genom sitt innehåll skilja sig från ömsesidiga pacta, men tydligtvis åvägabringas på samma sätt som dessa, och å den andra stipulationen, hvilken eljes är den romerska rättens vanligaste aftalsform och särskildt genom den ensidiga bundenhet, som därigenom uppstår, af stor betydelse för aftalsbegreppets fastställande.

Att ett konsensualaftal åvägabringas consensu contrahentium är af källornas eget uttryckssätt obestridligt, men därmed är i själfva verket icke mycket sagdt, helst consensusbegreppet är mångtydigt. Uttrycket innebär närmast ingenting annat än det negativa faktum att, enligt

> *l. 2 § 1. D. 44. 7 de O. et A.:* neque verborum neque scripturæ ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.

Frånvaron af lagligen bestämd, vanligen muntlig eller skriftlig, form förhindrar med andra ord icke uppkomsten af ett giltigt konsensualaftal, allenast man ändock kan konstatera eos qui negotia gerunt consentire, detta må sedan skett i tal eller i skrift, mellan närvarande eller frånvarande, såsom framgår af fortsättningen i *l. 2. § 2 eod.:* Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam vel per nuntium.

liksom af *l. 52 D. eod.:* [9.] Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. [10.] Sed et nutu solo pleraque consistunt; jfr ock *l. 38 D. eod.*

Sammanställes härmed den till sin syftning, åtminstone med hänsyn till konsensualaftal, allmängiltiga regeln i

l. 6. § 1 in fine D. 18. 1 contr. empt.: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est,

så är tydligt, dels att de nödvändiga uttrycken för consensus contrahentium måste komma till synes och framgå ur id quod actum est negotii contrahendi causa, dels ock att, för så vidt aftalet verkligen skall consensu contrahi, med consensus måste förstås de yttringar af parternas dispositionsvilja, hvarigenom förhandlingarna dem emellan angående det tilltänkta förhållandet bringas till positivt slut, ty förrän detta skett, kan väl talas om ett id quod inchoatur, men ej om något id quod actum i legal mening, väl om ett fastställande af innehållet i det tilltänkta aftalet och ett samförstånd därom, men ej om en viljeförklaring att binda och bindas, och dessförinnan kan ej heller den åsyftade obligatio anses uppkommen[1], jfr *l. 55 D. 44. 7 de O. et A.* Kunna än dessa definitiva viljeyttringar såsom vanligt betecknas med termerna anbud och antagande, så måste dock i allt fall fasthållas, att den romerska rätten själf icke med särskilda namn utmärkt dem eller ens lagt synnerligt märke till deras inbördes skiljaktigheter, utan egentligen sammanfattat dem under den gemensamma benämningen consensus contrahentium. Hufvudintresset med afseende såväl å konsensual- som andra kontrakt var för de romerska juristerna mindre fästadt vid frågan huru, än vid frågan om ett aftal kommit till stånd, och därför måste de ock tillägga afgörande betydelse åt det moment, hvarigenom en laglig bundenhet uppstod. Men detta moment kunde icke ligga i något annat än bindandets, påläggets dispositionsakt och särskildt denna akts sluthandling. Då de därvid från tillvägagångssättet vid mancipatio, nexum och in iure cessio voro vana att tänka sig förvärfvaren af en rätt såsom tagande samt aflataren såsom därefter eller därtill samtyckande, så är helt naturligt, att samtycket skulle för dem blifva slutakten i rättsärendet och såsom sådan synnerligen väl kunna betecknas med termen consensus.

[1] Jfr Leonhard, Irrthum I: 146 ff., 172 ff., Hartmann i *Jb. f. D.* XX: 29 ff., äfven i *Ar. f. civ. Pr.* LXXII: 175 ff., därtill Eisele i *Jb. f. D.* XXIV: 422 ff.

Ett aftal kan sålunda, därest detta är riktigt, sägas consensu contrahi, icke emedan aflåtarens viljeförklaring är i och för sig afgörande och icke heller emedan samförstånd uppnåtts, utan helt enkelt emedan det åsyftade tillbindandet blifvit fullbordadt på det sätt, som vid privatdisposition var möjligt och nödvändigt, nämligen med den bundnes samtycke och begifvande. Huruvida åter i det konkreta fallet samtycket gifvits i förväg eller efterhand och huruvida tillbindandet skett före eller efteråt, det var naturligen, när rättsärendet icke var formfordrande, likgiltigt, liksom det ock, när ömsesidiga aflåtelser åsyftades, måste inträffa, att ena kontrahentens samtycke, resp. tillbindande, gafs tidigare och den andres senare samt vice versa. Vid konsensualaftalen blir det därför naturligen det sista tillbindandets handling, hvilken tillika innebär ett afgörande samtycke, som blir bestämmande såväl för frågan om, som för frågan när ett aftal slutits. Källorna beteckna också konsekvent och i full öfverensstämmelse härmed den hvardera kontrahenten tillkommande rätten såsom grundad på hans egen tillbindande handling, icke på medkontrahentens därför förutsättningsvis nödiga samtycke, och å andra sidan dennes aflåtelse såsom perfekt på grund af förvärfvarens tillegnelse.

Några exempel härpå äro bland de otaliga, som från skilda håll kunde framställas:

> *l. 7. § 2 D. 18. 1 contr. empt.:* Si quis ita emerit: 'est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero', valet venditio;
> *l. 13 eod.:* Sed si servo meo vel ei cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto verum est;
> *l. 35 § 1 eod.:* Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: 'quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptum';

Aftalet kunde i sistnämda exempel icke anses slutet, emedan af id quod actum erat väl framgick köplust å ena sidan och villighet att sälja å den andra, men icke något tillbindande i fråga om priset från venditors sida af emere volens; häremot strider ej *c. 15 C. 4. 38 de contr. emp.*, enligt hvilken, om en conventio mellan emere volens och venditor inginges, att priset skulle bestämmas af köparen, köpet skulle anses vilkorligt afslutadt, trots prisets obestämdhet: i *l. 35 D. cit.* är nämligen förutsatt, hvad

ock i *c. 15 C. cit.* omtalas, att emere volens icke får präsumneras hafva gått in på säljarens anbud i detta afseende. — Vidare

> *l. 21 D. 18. 1. contr. empt.:* Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere;

Köparen tänkes här tydligen vara den, som medels sin förklaring bundit säljaren i och med afslutandet af affären; re integra hade säljaren haft tillfälle att förtydliga sina förklaringar och så själf förhindra ett för sig ofördelaktigt bindande genom köparen, men då han ej begagnat sig däraf, borde obscuritas pacti hellre vara honom som samtyckt till skada än köparen, som i tro att han erhållit samtycke till sin förklaring gjort pålägget.

> *l. 6 § 1 D. 19. 1 de act. emp. vend.:* Si vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias;

Icke på grund af innehållet i ett köpeanbud, utan till följd af försäljningsförklaringen och det pålägg, lex dationi data, som däri ingick, är det som säljaren kan yrka uppfyllelse.

> *l. 6 § 4 eod.:* Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus præstes;
>
> *l. 11 pr. eod.:* Ex empto actione is qui emit utitur.
>
> *l. 13 § 19 eod.:* Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet. —

Samtliga dessa exempel hänföra sig till emptio venditio, men liknande finnas äfven med afseende å öfriga konsensualkontrakt. Att märka är dock den romerska uppfattningen af emptio venditio och locatio conductio såsom egentligen dubbelt sammansatta rättsärenden. — Beträffande särskildt locatio conductio må här bl. a. följande exempel anföras: *l. 1 D. 19. 2 loc. cond.; l. 2 pr. eod.; l. 7 eod.; l. 15 pr. eod.*, äfvensom

> *l. 15 § 1 eod.:* si quid in lege conductionis convenit, si hoc non præstatur, ex conducto agetur;
>
> *l. 51 pr. eod.:* Ea lege fundum locavi, ut, si non ex lege coleretur, relocare eum mihi liceret et quo minoris locassem, hoc mihi præstaretur, nec convenit, ut, si pluris locassem, hoc tibi præstaretur et cum nemo fundum colebat, pluris locavi: quæro, an hoc ipsum præstare debeam. respondit: in huiusmodi obligationibus id

maxime spectare debemus, quod inter utramque partem convenit: videtur autem in hac specie id silentio convenisse, ne quid præstaretur, si ampliore pecunia fundus esset locatus,id est ut hæc conventio pro locatore tantummodo interponeretur;

Skulle conductor haft någon förmån eller rätt i nämda afseende, så hade han måst själf in lege conductionis binda locator härtill, då locator genom sin förklaring blott kunde själf förvärfva rätt och binda conductor.

Äfven mandatet har samma karakter, ehuru några dubbla förklaringar här icke komma till synes på samma sätt som vid köp och lega, utan är det egentligen mandanten, som framstår såsom den genom sin förklaring tillbindande,

l. 2 pr. D. 17 1 mand.: Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena.

Å andra sidan framhålles dock, att äfven mandatarien binder mandanten genom sin förklaring eller genom sitt handlande, låt vara i enlighet med mandatet. Tydligast visar sig detta vara förhållandet, då mandatet sammanställes med negotiorum gestio; så t. ex. heter det i

l. 20 § 1 eod.: Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere cum non antecesserit mandatum;
l. 6 § 2 eod.: Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio;

Mandatskontraktet ansågs afslutadt i och med det faktum, att vare sig mandant eller mandatarie utan protest från den därom underkunniga andra partens sida företog den handling, som innebar i förra fallet ett uppdrags gifvande, i det senare dess utförande, jfr t. ex. citatet från Paullus i

l. 40 eod.: Si pro te præsente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio secundum quod et Pomponio videtur; jfr ock *c. 24 C. 2. 19 de neg. gest.*

l. 53 D. 17. 1: Qui fide alterius pro alio fideiussit præsente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante

> alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas. —

Däremot är det i fråga om bolagskontraktet betydligt svårare att afgöra, genom hvilken handling aftalet kommer till stånd. Bortsedt från den möjlighet, som omtalas i

> *l. 7 D. 17. 2 pro socio:* Coire societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt; jfr *l. 8 eod.*,

i hvilken händelse något uttryckligt aftal knappast kan sägas föreligga, är det nämligen icke så mycket hvarandras bundenhet, hvilken parterna vilja genom aftalet åstadkomma, som fasthellre hvarandras medverkan, hvilken de i och för gemensamt, och alltså äfven eget, handlande vilja tillförsäkra sig. Men därigenom kommer ock aftalet att så att säga uppvisa en lika stor och det hela omfattande aktivitet å ömse sidor och aftalet blir ett societatem coire, hvarvid båda samtycka, men ingen i blott eget intresse binder den andre. Skall emellertid hufvudvigten läggas på enderas handling såsom afgörande för id quod actum est, så synes af

> *l. 19 eod.:* Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et recte: cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui. quid ergo si socius meus eum admisit? ei soli socius est,

följa, att samtycket till en ny bolagsmans upptagande mera är en förutsättning och ett vilkor, hvars frånvaro väl omöjliggör, att den tillträdande blir bolagsman med den vägrande, men som å andra sidan måste bestämdt uttalas för att kunna åstadkomma detta, och att inträdet, där öfriga bolagsmän icke förvägrat bifall utan mottagit den, som förklarat sig vilja i bolaget ingå, sålunda egentligen sker genom den tillträdandes eget handlande, nemine contradicente, hvarvid emellertid samförstånd måste förutsättas såsom redan åvägabragt.

Öfverhufvud har i fråga om konsensualaftalen det preliminära enandet eller samförståndet, pactum, och hvad därunder talats eller utlofvats, dictum et promissum, jfr *l. 19 pr. §§ 1. 2 D. 21. 1 de ædil. edict.*, en synnerlig betydelse såsom den kärna, kring hvilken aftalet sluter sig, jfr *l. 172 D. 50. 17 div. reg.* Konsensualaftalet erhåller nämligen sin kontraktskarakter egentligast på

grund af sin ömsesidighet med afseende å prästationspligt[1] ex bono et æquo, *l. 2 §. 3. D. 44. 7 de O. et A.*, och sin egenskap af privatdispositivt rättsfaktum för en ultro citroque obligatio med riktning på ett innehåll af visst, bestämdt slag (köp, lega, uppdrag, bolag), hvars beskaffenhet in concreto just beror af kontrahenternas samförstånd rörande dicta et promissa. Härvid måste alltså kunna noggrant fastställas ej blott, att parterna samtyckt och tillbundit, utan äfven huru de gjort detta, och då inga särskilda rättsregler finnas rörande sättet för konsensualaftalets åvägabringande, blir det nödvändigt att genom tolkning undersöka, hvad såväl preliminärt som definitivt actum est, och låta detta gälla; kan så icke ske med full säkerhet, har man att tillämpa sannolikhets-, billighets- eller sedvänjesynpunkter, *l. 34 D. 50. 17 div. reg., l. 114 eod.* Men häraf följer ock, att några allmänna regler näppeligen kunna gifvas rörande tidpunkten och sättet för ett konsensualaftals slutliga åvägabringande, utan detta måste bero af de olika omständigheterna i olika konkreta fall. Blott så mycket kan från romersk-rättslig ståndpunkt sägas, att nödigt samförstånd i alla väsentliga punkter samt otvetydiga viljeförklaringar i samtyckande och tillbindande ord eller handling från båda parternas sida städse måste föreligga. Är detta fallet, torde aftalet få anses slutet i och med afslutandet af förhandlingarna mellan dem, qui inter se agunt.

Det romerska konsensualaftalet visar sig sålunda falla under det såsom materielt betecknande aftalsbegreppet, men lämnar inga som helst upplysningar rörande de båda rättshandlingar, anbud och antagande, genom hvilka aftalet åvägabringas. Å andra sidan framgår dock i detta hänseende såsom ett negativt, men ingalunda ovigtigt resultat, att consensus i källorna icke kan afse aftalet såsom rättsärende, utan den därigenom uppstående obligationen, hvaraf åter följer dess nödvändiga betydelse af samtycke, tillsägelse, eller om man så vill löfte och begifvande till ett förbindande pålägg.

12.

En rent ensidig utfästelse kan enligt romersk rätt redan af det skäl icke medföra rättsliga verkningar, att ingen sibi vult legem imponi nec potest, sed ei qui accepit, *l. 7. § 8 in fine D. 24. 1 de don. i. v. e. u.* Promittenten kan väl samtycka till

[1] Jfr Pernice, Labeo I: 469 ff.

att blifva bunden, men bindes endast, om annan i följd af detta samtycke tillegnar sig hans löfte genom ett pålägg, ej om han blott själf förklarar sig vara bunden[1]. Å andra sidan är det under dylika omständigheter af synnerlig vigt, att ett löftestillegnande icke alltför lätt af rättsordningen erkännes, utan först om och när med visshet kan konstateras, att därigenom ingen orätt sker den, som pålägget drabbar. Detta är på olika sätt möjligt och lättare, om tillsägelsen ej är ensidig utan ömsesidig, så att äfven i tillegnandet ett samtycke ingår, såsom vid konsensualaftalen. Skall åter en ensidig tillsägelse kunna af rätten tilläggas rättsverkningar, måste den i regel, så att säga, i påtaglig form erhålla objektiverad gestalt och uttryck icke blott genom en aflåtarens viljeförklaring, utan genom en förvärfvarens,

l. 108 § 1. D. 45. 1 de V. O.: Nulla promissio protest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit;

och härtill blef i den romerska rätten stipulationen ett lämpligt och mycket användt medel.

Från det formlösa konsensualkontraktet skiljer sig den romerska stipulationen såsom aftal framför allt därigenom, att stipulationens privatdispositiva akter försiggå efter ett bestämdt schema och med otvetydiga ord[2] i en sådan form, att något tvifvel ej kan uppstå,

[1] Jfr Paulli Sent. Lib. V. 12 § 9: »Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur», (Kreuger-Studemund, I: 121). Det är visserligen sant, att detta uttalande icke öfvergått till corpus iuris, ehuru *fortsättningen* däraf oförändrad upptagits i *l. 31 D. 28 1 qui test. fac.*; men såväl annorstädes i digesterna, liksom ock med viss reservation i codex, *c. 5 C. 8. 38 de contr. stip.*, har satsens riktighet blifvit erkänd. Särskildt löften om gåfva torde dock i den senromerska rätten hafva ansetts i viss mån förpligtande, men detta står otvifvelaktigt i nära samband med den fordran på skriftlighet, som äfven utmärker kejsartidens rätt och som väl kan förklara, hvarför ett gåfvolöfte utan tradition kunde binda, jfr *c. 25. C. 8. 54, c. 35 eod.* Om insinuation af gåfva se H. Pernice, Zur Lehre v. Insinuat. d. Schenk., Diss. Greifsw. 1882. — De af Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 237 efter Aagesen, Rom. Ret I: 215 anförda digestställen som »tyde paa» att gåfvolöfte skulle kunna anses bindande, *l. 2 § 6 D. 39. 5* jfd med *l. 10 eod.*, tala alldeles icke om gåfvolöften, utan om omedelbar gåfva med tradition; de afse sålunda icke aftal utan omedelbara öfverlåtelser. — Att gåfva af de romerska juristerna icke betraktats såsom aftal, se Pernice i *Zt. d. Sav.* (Rom. Abth.) IX: 215 ff.

[2] Ett blott tillnickande eller genom åtbörder uttryckt bifall gälde icke såsom bifall vare sig naturaliter eller civiliter, när det gifvits i afsigt att gälla såsom stipulationssvar, *l. 1 § 2 D. 45. 1 de V. O.*; jfr Reuterskiöld, Kritik och Motkritik s. 28, 29. Att i ett dylikt fall ej ens ett pactum uppstod, när id quod actum skett animo stipulantium och icke animo paciscentium,

huruvida eller när och hvarigenom aftalet kommit till stånd, äfvensom därigenom att dispositionen endast frambringar en ensidig bundenhet. Aftal blir stipulationen detta oaktadt; ensidigheten ligger nämligen för den romerska uppfattningen mindre å den förpligtades än å den berättigades sida, och väsentligt för det romerska aftalet i allmänhet är blott dess förmåga att såsom privatdisposition tillförsäkra förvärfvaren af ett framtida rättsgodt i form af annans handling en viss garanti för dettas erhållande genom ett bindande af aflåtaren, jfr *pr. I. 3. 15 de V. O.*, men icke såsom vid konsensualaftalen med nödvändighet ömsesidighet i aflåtelse. Och såväl pacta som konsensualkontrakt och stipulationer måste, för att kunna såsom aftal, h. e. obligatorisk bundenhet skapande privatdispositiva rättsfakta, anses, i sig innesluta verklig consensus från vederbörande parters sida; i en till det yttre giltig stipulationsakt präsumeras visserligen consensus vara behörigen uttryckt, men bevisning om motsatsen är icke utesluten, jfr *l. 1 § 3 D. 2. 14. de pactis*, *l. 83 § 1 D. 45. 1 de V. O.*, *l. 137 § 1 eod.* Äfven stipulationskontraktet är därför synnerligen väl egnadt att lämna upplysningar om aftalets karakter och, mer än konsensualkontraktet, om tiden och sättet för dess perfektion.[1]

Stipulationen försiggår genom fråga och svar, hvilka till sitt innehåll och sin form äro noggrant lämpade efter hvarandra: promittis? promitto — dabis? dabo. — facies? facio — spondes? spondeo; *§ 1. I. 3. 15 de V. O.* Aftalet har därför kommit till stånd, så snart denna akt bragts till slut, d. v. s. när behörigt svar gifvits. Emellertid är det icke, såsom prima facie möjligen kunde tyckas, svaret i och för sig, som är afgörande, och icke heller svaret i egenskap af utfästelse från promittentens sida, utan frågan och den därigenom uttryckta tillbindelseviljan hos stipulanten.

Detta är ock klart uttaladt i källorna, t. ex. i den mycket belysande

---

såframt ej contrarium specialiter adprobetur, torde för öfrigt följa äfven af grunderna för *l. 7 § 12 D. 2. 14 de pactis*, hvarmed kan jämföras stadgandet [1] *l. 1. § 4 D. 13. 5 de pec. const.:* »Eum qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est de constituta experiri non posse, quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit». En abstrakt tillsägelse, som i sig är ogiltig såsom formlös, kan icke på något sätt blifva giltig såsom abstrakt och ännu mindre utan vidare upphöra att vara abstrakt. Ex pacto åter torde en obligatio naturalis uppstå, blott om detta pactum in concreto framstår såsom något mer än ett blott samförstånd, (: härmed rättas min Pacta de contrahendo s. 11, 12).

[1] Om stipulationens väsen jfr Karlowa, Rechtsgeschichte II: 699 ff.

> *l. 1 § 1. D. 45. 1 de V. O.:* Qui præsens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero præsens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, obligat: intervallum enim medium non vitiavit obligationem; jfr *l. 137 pr. D. h. t.*

Enligt denna Ulpiani utsaga är det uppenbarligen is qui interrogavit, som tänkes vara den, hvilken genom sitt handlande tillförbinder den andre, obligat[1]. Handlingen åter består lika tydligen af två moment, skilda åt genom medkontrahentens svar, och det förklaras uttryckligen, att äfven om is qui interrogavit efter framställandet af sin fråga aflägsnar sig och först vid återkomsten erhåller svaret, detta intervallum i hans handlande non vitiavit obligationem, om blott en continuus actus ändock föreligger. Det är alltså icke svaret i och för sig, som innebär det obligerande och aftalsfullbordande momentet, utan svaret såsom reverso responsum, såsom gifvet till och upptaget af den återkomne: svarandet är med andra ord äfven det ett nödvändigt moment, eljes kunde här icke föreligga något samtycke, men det är icke det, hvarpå det hela ytterst beror, utan detta är frågoställarens mottagande af svaret och konstaterande af öfverensstämmelse mellan honom och den tillfrågade, jfr *l. 1 § 3 et sequ. eod.* Man har ej utan skäl framhållit, att svarets mottagande eller uppfattande i detta fall är väsentligt, icke emedan öfverhufvud en viljeförklaring binder först genom sin framkomst till adressaten, utan emedan det vid hvarje stipulatio ligger i dess specifika natur att confici non posse nisi utroque loquente, *l. 1 pr. eod.*, i det att stipulationen består i muntlig fråga och muntligt svar, men ett muntligt svar, som ej uppfattas, icke är något svar eller någon handling af rättslig relevans[2]: förrän svar erhållits och uppfattats, kan alltså vid muntliga förhandlingar aftalet icke anses afslutadt, och dessförinnan föreligger intet id quod actum est. Men detta hindrar å andra sidan icke, att det icke är genom fullbordandet af den tillfrågades svarshandling öfver hufvud, utan genom fullbordandet af den tillfrågandes ej fråga men frågeakt, hvilken själf afslutas genom svarets mottagande, som aftalet slutes. Detta antydes för öfrigt äfven genom de språkliga uttrycken: så hänvisar stipulatio på tillfrågaren, som ju be-

[1] Jfr ock t. ex. *l. 1 § 8 D. 44. 7*: Et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur.

[2] Jfr Schott, Oblig. Vertrag s. 31 ff, Kühn i *Jb. f. D.* XVI: 84 ff.

nämnes stipulator, eller stipulans, icke på den tillfrågade eller promittens, promissor; så betydet stipulari låta sig lofvas, eller tillförsäkra sig, ej utfästa sig eller ingå en förbindelse; så ligger ock i orden interrogare, rogare betydelsen af ett frågande i afsigt att därigenom göra ett pålägg; privatstipulationen har sin fullständiga motsvarighet i den äldre offentligrättsliga rogationen vid folkets lagstiftning, där det just var den med ämbetsmyndighet utrustade föredraganden, som genom inhemtande af folkets samtycke konstaterade tillvaron af de för lagens tillkomst nödvändiga förutsättningarne och därmed genom sin handling gjorde lagförslaget till lag.

Denna uppfattning torde ock ligga till grund för

> *l. 5 § 1 eod.:* Stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit.

Visserligen kunde tyckas, som skulle stället snarare tala mot än för den samma, enär det onekligen är is qui interrogatur som framstår såsom handlande. Men, oafsedt att redan benämningen is qui interrogatur hänvisar på en mera passiv roll, och på tillvaron af en interrogator, utsäges först och främst, att stipulationen består i en conceptio verborum, quibus responderit, alltså ordagrant i ett aflande eller formulerande och förestafvande af de ord, medels hvilka den tillfrågade har att svara och att åt sitt samtycke ad id quod interrogatus est gifva det erforderliga uttrycket, jfr ock *l. 99 pr. D. eod.*, *l. 108 §. l. eod.*, *l. 137 pr. eod.* Vore det för öfrigt den tillfrågades utfästelse eller löfte, låt vara först sedan det framkommit, som medförde bundenheten, så borde naturligen ock ett löfte, som ginge utöfver hvad frågan inneburit och således gåfve mera än tillfrågaren redan vilkorligt dragit inom sin rättssfer, lika fullt blifva bindande, åtminstone så framt svarets mottagare icke bestämdt afböjde detta plus. Men så förhåller det sig alldeles icke; tvärtom uttalas på mångfaldiga ställen, att ett dylikt plus vore utan all betydelse, något som icke kan förklaras däraf, att stipulationen såsom formfordrande icke kunde gälla, där ej minutiös öfverensstämmelse rådde mellan fråga och svar, alldenstund svarets afgifvare uttryckligen förklarats vara, denna formella brist till trots, bunden till det mindre, och likaså, där hans svar gått ut på ett mindre än frågan, till detta mindre, se t. ex.

> *l. 1 § 4 eod.:* Si stipulanti mihi 'decem' tu 'viginti' respondeas, non esse contractam obligationem nisi in

decem constat. ex contrario quoque si me 'viginti' interrogante tu 'decem' respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam attamen manifestissimum est viginti et decem inesse; jfr ock *l. 1 § 3 eod.*

Onekligt är emellertid, att frågan vid stipulationsakten icke synes framträda såsom ett tillbindande eller ens såsom en viljeförklaring, utan endast som en anmodan att utfästa sig. Men detta förklaras helt naturligt däraf, att stipulationen är ett abstrakt rättsärende, som förutsätter[1] antingen en redan bestående obligatio, hvilken sålunda genom det nya formalaftalet upptages och liksom erhåller en ny rättsgrund, hvarvid stipulationen framträder såsom en stipulatio debiti, eller ock särskilda omedelbart föregående förhandlingar, hvilka genom stipulationen bringas till en formell och i sig otvetydigt bindande afslutning. I förra fallet refererar stipulationsfrågan uppenbarligen till den redan en gång gifna viljeförklaringen och det en gång skedda pålägget och därmed är dess karakter af verkligt uttryck för stipulators vilja att fortfarande hålla medkontrahenten bunden, om än måhända på delvis annat sätt, obestridlig och otvetydig[2]. I senare fallet åter måste de före det for-

[1] Jfr Bähr, Anerkennung s. 52 ff, 102 ff., Kindel, Rechtsgeschäft s. 22 ff. Den omstridda frågan om förhållandet mellan stipulationen och dess causa ligger utom det här behandlade ämnet, se härom Munch-Petersen, Løftet s. 132 ff.

[2] Ett erkännande af en bestående skuld och en förnyad betalningstillsägelse kan emellertid enligt romersk rätt ske ej blott genom en stipulation, utan äfven medels ett constitutum debiti eller ett formlöst aftal. Att äfven konstitutet bör uppfattas såsom aftal, och därvid tänkas i analogi med stipulationen såsom en på föranledande af annan gifven tillsägelse, jfr *l. 31 D. 13. 5 de pecun. const.* (persuaserunt) torde ej böra betviflas, ehuru man af källornas uttryckssätt ofta kunde vara frestad att däri se en blott ensidig utfästelse; bestämda antydningar finnas likväl, som måste anses hindra en sådan tolkning. Så heter det i *l. 1 pr. D. 13. 5 de pec. const.:* qui constituta ex consensu facta custodit: i *l. 1 § 4 eod.:* sibi constitui; *l. 31 eod.:* quæsitum est ... an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit; *l. 14 § 3 eod.:* constituere autem et præsentes et absentes possumus, sicuti pacisci. — Stipulationen och konstitutet skilde sig, utom i afseende å formen, för öfrigt därigenom, att »die Stipulation stand ihrem Grundcharacter nach von dem ursprünglichen Schuldverhältniss unabhängig da, und unterlag wegen dessen Mangels nur unter gewissen Voraussetzungen einer Anfechtung. Zu dem constitutum aber stand die ursprüngliche Schuld nicht im Verhältniss der causa, sondern der Bedingung; ihr Mangel machte dasselbe ipso iure ungültig. Mit anderen Worten: bei der

mella aftalet städse nödvändiga förhandlingarna antingen i och för sig vara sådana, att däraf framgick, såväl hvad den tilläfventyrs i yttre måtto sammandragna frågan åsyftar, som ock att stipulator framställer frågan, just emedan han vill binda medkontrahenten; jfr

> *l. 5 pr. D. eod.:* conventionales sunt (sc. stipulationes), quæ ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot pæne dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto;

eller ock hafva de måhända utmynnat i ett förberedande pactum och i så fall refererar frågan lika tydligt till detta och den därvid uttryckta afsigten. Att ett pactum såsom formlöst aftal, helst om det blott innehöll en ensidig tillsägelse, verkligen på dylikt sätt ofta åtföljts af en stipulatio, men det hela, oaktadt nämda pactum möjligtvis ändock kunnat såsom contractus anses, betraktats såsom ett rättsärende, betygas uttryckligen i källorna[1], jfr Ulpianusfragmentet i

> *l. 6 § 1 D. 46. 2 de N. et D.:* Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia munerata sit; se ock *l. 7 eod.; l. 126 § 2 D. 45. 1 de V. O.; l. 40 D. 12. 1 de reb. cred.; l. 2 § 5. eod.*

Stipulationskontraktet visar sig sålunda liksom det formlösa konsensualkontraktet såsom aftal väsentligen bestå i ett samtyckt tillbindande genom en handling af den i det på grund af aftalet uppstående rättsförhållandet berättigade kontrahenten, och fullbordas i och med det muntliga svarets erhållande i enlighet med den framstälda frågan. Genom sin blott ensidigt rättsbildande förmåga visar det därjämte, att den romerska rätten äfven känt och erkänt ett aftal i formel begreppsbetydelse, men i regel endast såsom formalakt.

Stipulation begründete die Nichtexistenz der Schuld eine Exception, bei dem Constitut gehörte deren Existenz zum Klaggrund»; jfr Bähr, Anerkennung s. 110 ff.

[1] Om de s. k. realverbalaftalen och kontroversen härom, se Pernice i *Zt. d. Sav.* (Rom. Abth.) XIII: 246 ff.

13.

De af den romerska rätten såsom realkontrakt erkända aftalen erhålla sin bindande kraft i och genom den dispositionsakt, hvarigenom innehafvaren af den sak, som aflåtes, öfverlämnar denna till medkontrahenten. Naturligtvis kan mellan kontrahenterna redan dessförinnan consensus att mottaga vara åvägabragt, men det pactum, som därigenom möjligen kommit till stånd, är enligt romersk rättsuppfattning i regel ett blott samförstånd och trots sin möjliga ömsesidighet, därest nämligen äfven aflåtaren samtyckt till skyldighet att aflåta, icke bindande, för så vidt det samma icke antingen självständigt iklädts stipulations- eller annan kontraktsform såsom ett contractus de contrahendo[1] eller ock res följer ex continenti, då ett omedelbart kreditkontrakt uppstår, jfr *l. 7 D. 46. 2 de N. et D.* Det re åvägabragta rättsärendet är allså såsom kontrakt en särskild form af aftal, hvilket framför allt erbjuder intresse därigenom att det samma innebär en ensidig tillsägelse, grnndad på motaflåtelse af annat slag genom omedelbar tradition, eller med andra ord ett blandadt ömsesidigt aftal.

Att rättsverkningarna inträda re, id est numeratione, *l. 9 § 4 D. 12. 1 de reb. cred.*, ligger i realobligationens natur; men äfven aftalet såsom rättsärende blir först därigenom perfekt, alldenstund först då id quod agendum est negotii contrahendi causa föreligger såsom fullbordadt faktum, i det att dispositionsakten lagligen omfattar såväl samtyckesförklaring, consensus, som sakens tradition, *l. 1 § 2 D. 44. 7 de O. et A., l. 1 § 3 in fine D. 2. 14 de pactis.* Blotta traderandet medför ej kontraherandet af någon skuld, eller något aftal, utan härför fordras tillika att såväl gifvandet som tagandet skett hoc animo, ut obligatio constituatur, *l. 3 § 1 D. 44. 7 de O. et A., l. 19 pr. D. 12. 1 de reb. cred., l. 18 pr. eod.* Realkontrakten erfordra därför en tillbindande förklaring jämte samtycket, och det är denna förklaring, som binder medkontrahenten, jfr *l. 3. 14 quib. mod. re contr.* Vid mutuum är det mottagaren, som numeratione, alltså genom aflåtarens tillräknande af penningarna, tillförbindes, i det att därigenom på honom res öfverlåtes för att in genere, men ej in specie återbetalas; det är alltså försträckningsgifvaren,

[1] Jfr Reuterskiöld, Pacta de contrahendo s. 18, 19, 38 ff.

hvilken genom sin handling binder den andre, låt vara, att källorna lika ofta betona nödvändigheten af den bundnes samtycke genom penningarnas mottagande, liksom t. ex. vid stipulationen af promittentens svar. Bland uttryck, som i fråga om mutuum klart hänvisa på försträckningsgifvaren såsom bindande försträckningstagaren, äro t. ex.

> *l. 19 pr. D. 12. 1 de reb. cred.:* non aliter obligabit accipientem;
>
> *l. 3 eod.* Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum est.

Förutsättningen i *l. 3* är tydligen den, att om försträckningsgifvaren genom sin uttryckliga förklaring vid gifvandet hade bundit försträckningstagaren att återge jämngodt och icke sämre än han erhållit, något tvifvel om dennes bundenhet icke ens kunnat uppstå.

Med afseende åter på lån, framgår den allmänna regelns giltighet af det bestämda uttalandet i

> *l. 17 § 3 D. 13. 6 commodati:* Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque præscribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem præscribere et retro agere atque intempestive usum commodatæ rei auferre non officium tantum impedit sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumve.

Långifvaren kan sålunda genom sina föreskrifter binda låntagaren till och med efter lånets gifvande, ehuru då endast med vissa inskränkningar, emedan äfven den blifvande låntagaren i aftalet bundit den blifvande långifvaren liksom tvärtom, suscepta obligatio inter dandum accipiendumve.

Beträffande slutligen inlags- och handpantkontrakten, depositum och pignus, ligger det så godt som i sakens natur, att i fråga om dessa rättsärenden källorna mindre sysselsätta sig med själfva aftalet såsom sådant än med det därvid knutna rättsförhållandet, då detta väsentligen normeras icke af parterna själfva genom privatdisposition i aftalet, utan omedelbart af lagen, om än vissa

modifikationer kunna genom aftalet åstadkommas, jfr *l. 1 §§ 6, 7 D. 16. 3 dep.* Aftalet verkar här egentligen endast såsom uttryck för parternas vilja och afsigt att underkasta sig de med ett visst rättsfaktum, res deposita vel pignerata, af lagen förenade rättsverkningar genom att bringa detta rättsfaktum till stånd, och hufvudvigten kommer därför att ligga å emottagandet af depositarien resp. panttagaren, hvilket emellertid endast är den passiva sidan af öfverlämnandets aktiva handling. Därigenom ådrager sig, snarare än åtager sig, depositarien frivilligt i enlighet med deponentens, genom deponerandet uttryckta afsigt och vilja den bundenhet, lagen pålagt en depositarie, liksom å andra sidan båda kontrahenterna därmed hvar genom sin handling förvärfva sig den rätt i förhållande till medkontrahenten, som lagen stadgat. På samma sätt förhåller det sig, mutatis mutandis, vid pignusaftalet: pantgifvaren utfäster sig genom pantaflåtelsen att underkasta sig sakens behandling enligt lag såsom pant och tillbinder panttagaren att i sinom tid återlämna panten i enlighet med samma lag, hvaremot denne i enlighet med pantgifvarens gifna samtycke tillegnar sig panten med all den rätt lagen ger en panthafvare och binder därigenom pantgifvaren. Skulle aftalet innehålla särskilda bestämmelser till förmån för den ene eller andre, så är klart, att dessa pacta conventa måste såsom eljes innebära ett af den bundne samtyckt tillbindande genom den berättigade, jfr t. ex.

> *l. 1 § 46 D. 16. 3 dep.:* Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate.

Genom orden sic — ut betecknas här den lex, som vid deponerandet genom privatdisposition pålagts, och genom orden ego mutata voluntate anges tydligen deponentens viljeförklaring såsom grund för hans rätt och depositariens bundenhet i följd däraf. Likaså

> *l. 32 D. 20. 1 de pign:* Debitor pactus est, ut quæcumque in prædia pignori data inducta invecta importata ibi nata paratave essent, pignori essent: eorum prædiorum pars sine colonis fuit eaque actori suo colenda debitor ita tradidit adsignatis et servis culturæ necessariis: quæritur, an et Stichus vilicus et ceteri servi ad culturam missi et Stichi vicarii obligati essent. respondit eos dumtaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accomodarentur, obligatos.

Borgenären i ett gifvet skuldförhållande erhöll genom särskildt aftal med gäldenären panträtt äfven i allt som hörde och komme att höra till en redan pantförskrifven landtfastighet, hvaraf emellertid en del låg sine colonis. Denna del lämnade gäldenären-pantgifvaren till en sin förvaltare att med tillhjälp af därför anvisadt nödigt antal slafvar uppodla. Frågan, huruvida dessa skulle kunna af panthafvaren tagas i anspråk såsom tillbehör till fastigheten eller ej, besvaras af den rättslärde, Scævola, på så sätt, att endast de, hvilka hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, finge anses såsom underkastade borgenärens panträtt. Grunden härtill synes ej kunna vara annan än den, att pantgifvaren genom sin viljeförklaring i aftalet pålagt panttagaren den inskränkning i hans panträtt att endast de varaktigt in prædia, pignori data, inducta pignori essent. Förbindelsen att tåla panthafvarens rätt kan naturligen icke omfatta mer än hvad som blifvit genom dennes pålägg såsom pant upplåtet, och detta är väl quæcumque in prædia inducta, men med den lex dationi data, att det måst ditföras hoc animo, ut ibi perpetuo esset.

Utom realkontrakten i egentlig mening har den romerska rätten äfven upptagit samförstånd om ömsesidiga aflåtelser såsom kontrakt, så snart res tillkommit, d. v. s. tillagt dem såsom aftal obligerande verkningar i och med ensidigt prästerande. Men då denna prästation, res, icke är i och för sig nödvändig för förbindelsens uppkomst såsom vid realkontrakten, hvilka för sina rättsverkningar *såsom sådana* med nödvändighet förutsätta res, så kan heller icke sägas, att dessa s. k. innominatkontrakt såsom aftal äro realaftal, utan i grunden blott ömsesidiga konsensualaftal eller pacta, *l. 7 § 2 D. 2. 14 de pactis.* På sin höjd kan medgifvas, att om aftalet uppstår till följd af en tradition, som icke tillika är prästation, såsom t. ex. enligt *l. 22 D. 19. 5 præscr. verb.*, ett slags realaftal föreligger. Eljes eger genom den ensidiga prästationen blott en förnyelse eller ett upprepande, en reproduktion, af samförståndet rum, och detta kan endast under den förutsättning anses såsom aftal, att prästationens förvärfvare, som själf icke prästerat, icke kommer i mora accipiendi genom att vägra mottagandet af en enligt samförståndet såsom konsensualaftal i behörig tid erbjuden prästation[1]. Skulle han nämligen icke kunna

[1] Jfr Kohler i *Ar. f. bürg. R.* VIII: 50.

vägra detta, så vore prästationen i själfva verket betalning och han kunde därför icke anses genom faktiskt mottagande hafva re reproducerat aftalet. Enligt romersk rätt måste dock antagas, att det föregående samförståndet först genom prästationen ex post facto får aftalskarakter och därigenom binder förvärfvaren, som dock äfven kunde anses genom sitt mottagande blifva ersättningsskyldig utan aftal och samförstånd[1]. I alla händelser är klart, att om ett do-ut-des, do-ut-facias, facio-ut-des, facio-ut-facias åvägabringar ett aftal, så måste detta aftal betraktas såsom ensidigt tillförbindande för förvärfvaren, om än liksom mutuum innebärande ömsesidighet i fråga om aflåtelse. Bundenheten åter och därmed aftalet uppstår här just genom den prästerandes handling: genom sin prästation binder han prästationens mottagare, så snart denne mottagit, antingen till motprästationen enligt det ingångna pactum, som genom denna reproduktion får kontraktskarakter, eller till återbärande[2]; jfr *l. 1 §§ 2, 4 D. 19. 4 de rer. permut.*, *l. 5 § 1 D. 19. 5 præscr. verb.*, m. fl.

Faktiskt föreligger alltså stundom vid realkontrakten liksom vid innominatkontrakten icke någon tillsägelse, utan endast ett. om ej subjektivt eller inre, så dock alltid ett yttre eller objektivt samförstånd, åtföljdt af konkludenta handlingar, res[3], hvilka genom sin af det sociala föreställningssättet bestämda karakter framträda såsom dispositivakter och därigenom draga med sig en bundenhet till prästation i enlighet med samförståndets syfte; ja, man kan säga, att detta förhållande rent af är karakteristiskt för realkontraktet eller, om man hellre så vill, realakten[4]. Samtycket, consensus, afser här, alldeles såsom i fråga om konsensualkontrakten, icke rättsärendet, utan rättsförhållandet, hvaremot anbudet och isynnerhet antagandet, hvilka rättshandlingar här bättre än där

[1] Se härom Pernice i *Zt. d. Sav.* (Rom. Abth.) IX: 248 ff.

[2] En annan fråga blir, huruvida han själf är juridiskt bunden eller ej, d. v. s. om han kan poenitere och genom en condictio sine causa direkt fordra återbäring; jfr Karlowa, Rechtsgeschäft s. 249. I hvarje fall inverkar detta ej på aftalet, som faktiskt kommit till stånd såsom ömsesidigt rättsärende, utan på sin höjd på rättsförhållandet, hvars upphörande sålunda kunde åvägabringas genom ensidigt tillbakaträdande från den berättigades sida, äfven sedan han prästerat och med rätt för honom att återfå prästationen.

[3] Att res kan därmed öfversättas, se Pernice, Labeo I: 471.

[4] Jfr härom och till det följande Affolter i *Ar. f. bürg. R.* VIII: 16 ff., 45 ff., äfven Hartmann i *Ar. f. civ. Pr.* LXXII: 161 ff.

kunna särskiljas och uppfattas, visa sig hafva afseende icke på rättsförhållandet, utan på rättsärendet, i det att de endast bestå i sakens erbjudande och mottagande på grund af eller i enlighet med ett åtminstone yttre samförstånd om de normer, dem sakens aflåtare såsom creditor i det tillämnade rättsförhållandet pålägger debitorem futurum et non contradicentem. Någon förklaring i ord eller annan direkt tillsägelse, utfästelse eller löfte å dennes sida är därvid icke behöflig, allenast han faktiskt mottager: genom denna hans passiva dispositionshandling kommer eo ipso det rättsfaktum till stånd, som pålägget genom erbjudandets dispositionshandling med sina leges dationi datæ icke kunnat allena åvägabringa, och hvarvid rättsordningen knutit aftalsföljder. Samtycket skulle därför så till vida kunna kallas en »tyst viljeförklaring», som dess gifvande de facto innehålles i mottagandet, men skulle å andra sidan lika väl kunna anses fingerad eller, hvad därmed är liktydigt, frånkännas karakter af viljeförklaring — detta ord taget i sin betydelse af afsigtligt uttryck för en gifven konkret vilja — enär det samma med naturnödvändighet och fullkomligt oberoende af den disponerandes vilja och åtgärder städse följer med mottagandets dispositivakt.

Samtycket är med andra ord i afseende å rättsärendets åvägabringande juridiskt lika irrelevant som det är för rättsförhållandets uppkomst oundgängligt. Skola dessa båda motsatser kunna förlikas, måste emellertid samtycket vara liktydigt med den frivilliga disposition, hvarigenom disponenten ådrager sig en förbindelse till annan i det att han animo rem sibi habendi mottager den af denne andre animo rei transferendæ obligandi causa honom traditionsvis erbjudna saken och därmed fullbordar den realakt, hvilken är rättsfaktum för förbindelsen: aflåtaren traderar obligandi causa och ger denna orsak tillkänna; han vill medlet, därför att han vill målet: bundenhet hos mottagaren. Förvärfvaren åter mottager icke egentligen obligandi causa, utan emedan han vill hafva saken, men måste då ock taga följderna häraf, d. v. s. vilja medlet: bundenheten, för målet: sakens förvärf. Att realakten likväl kallas aftal, är följaktligen alldeles i sin ordning, då den faktiskt är en privatdispositiv akt och ett sammansatt rättsärende, hvilket ger åsyftadt och medgifvet upphof till ett egentligt rättsförhållande.

Men under sådana omständigheter torde icke kunna påstås, att, hvad som för antagandets rättshandling vid realkontrakt är

oväsentligt, skulle vara väsentligt vid andra aftal, och antagandet blir därför öfver hufvud den handling, hvarigenom på annans föranledande ett sådant rättsfaktum dispositivt aktualiseras, hvaraf rättsordningen gjort det med föranledandet afsedda rättsförhållandets uppkomst beroende. I grunden innebär detta ingenting annat, än att, såsom Sohm först sökte uppvisa, antagandet är det behöriga utförandet eller realisationen af den i anbudet uttryckta viljan, ehuru Sohm's utgångspunkt i det såsom typiskt aftal antagna »Traditionsvertrag» medfört, att allmängiltigheten af hans resultat och deras tillämplighet med afseende å aftalsläran måst anses tvifvelaktig[1]. Men ligger hufvudvigten vid handlingen och ej vid förklaringen, så är utan vidare tydligt, att det icke kan på frågan om aftalet såsom rättsfaktum för rättsförhållandet inverka, huruvida antagandet ger ett in concreto fullt säkert uttryck för den disponerandes tillegnelsevilja med afseende på den i anbudet liggande motaflåtelsen eller ej, för så vidt den disponerande ändock därigenom framkallar just den situation, som anbudsgifvaren för sitt eget tillegnande enligt anbudsförklaringens innehåll måst åsyfta. Aftalet såsom rättsfaktum har i allt fall kommit till stånd genom anbudstagarens dispositivakt och han är därigenom lagligen berättigad på grund af detta aftal i enlighet med anbudet, äfven om han subjektive ännu icke själf beslutit sig, huruvida han vill eller icke vill begagna den rätt, som han med eller utan sin vilja vunnit genom sin *velade* faktiska disposition[2].

[1] Det samma gäller om Krückmann's, Vertragsschluss s. 20, med utgångspunkt i det s. k. »Besitzübertragungsvertrag» framställda teori.

[2] Därmed torde ock den af Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 235—240 framställda åsigten, att den romerska rätten »har fraveget Overenskomsttheorien ved at opfatte visse Opofrelser i Henhold til Løfter som gyldig Akcept, skjønt de ikke er sikre Udtryk for en Tilegnelsesvilje», få anses vederlagd. I nämda fall är det icke löftet eller anbudet, utan anbudstagarens handling, som skapar rätt och denna handling är en tillegnelsehandling af det enda, som här behöfver för aftalets tillkomst tillegnas, nämligen anbudet, men ej af det i anbudet liggande samtycket till motaflåtelse. Annorlunda förhåller det sig däremot, om alls ingen handling af adressaten erfordras, såsom vid »Løfter, der udelukkende tillægge Adressaten Fordele», men i dessa fall gäller hvad ofvan sagts (sid. 90, not 1) om gåfvolöften, eller ock: nihil agitur — endast ett svävande tillstånd uppkommer och anbudstagaren har icke vunnit någon rätt, enär han hvarken gjort anbudsgifvaren ett pålägg eller framkallat ett aftal genom handling i enlighet med anbudet.

14.

Med den vigt, som i romersk rätt i afseende på rättsärenden inter vivos lägges vid id quod actum est och med den benägenhet, som där finnes att uppfatta de till positivt slut bragta förhandlingarna mellan parterna såsom ett sammanhängande helt eller en oafbruten akt, en continuus actus, är det helt naturligt, att dess bestämmelser mestadels referera sig till förhandlingar inter præsentes och därvid icke heller skarpt skilja de handlande personernas viljeförklaringar såsom särskilda rättshandlingar ifrån hvarandra. Emellertid har den romerska rätten ingalunda förbisett eller velat förhindra rättsärendens åvägabringande äfven inter absentes. Och om den ingenting direkt åtgjort för underlättandet häraf[1], har den dock vid behandlingen af olika rättsinstitut ofta uttryckligen förklarat, huruvida dessa kunna eller icke kunna företagas äfven inter absentes. Exempel härpå erbjuda

l. 2 pr. D. 2. 14 de pactis: Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse;

l. 14. § 3 D. 13. 5 de pec. const.: Constituere autem et præsentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuntium et per nosmet ipsos et quibuscumque verbis;

l. 1. § 1 D. 17. 1. mand.: Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest;

l. 4 pr. D. 17. 2 pro socio.: Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est;

l. 1 § 2 D. 18. 1 de contr. empt.: Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras;

l. 23 § 1 D. 20. 1 de pign.: Pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur;

l. 9 D. 43. 26 de prec.: Precario possessio consisti potest vel inter præsentes vel inter absentes, veluti per epistulam vel per nuntium;

l. 2 § 2 D. 44. 7 de O. et A.: Unde inter absentes quoque talia negotia (sc. quæ consensu fiunt) contrahuntur, veluti per epistulam vel per nuntium;

---

[1] Om det ringa behofvet häraf och grunderna därför se Kühn i *Jb. f. D.* XVI: 65—67. Jfr ock Trygger, Fullmakt s. 32 ff. Valéry, Des Contracts s. 10 ff.

> *l. 1 pr. D. 45. 1 de V. O.:* Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum præsentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.

Såsom af dessa uttalanden framgår, var det framför allt konsensualaftal, som kunde inter absentes ingås, och de medel, som därvid af de frånvarande kontrahenterna begagnades, anges regelmässigt med orden vel per nuntium vel per epistulam. Något hinder för afslutandet emellan frånvarande äfven af ett realkontrakt, åtminstone per nuntium, torde emellertid icke hafva förefunnits[1]. Tvärtom antydas å flera ställen möjligheten häraf; så t. ex. genom innehållet af det anförda brefvet och Papiniani yttrande därom i

> *l. 24 D. 16. 3 dep.:* 'Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quæ quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo'. quæritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderuntur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos; jfr *l. 1 § 17 eod., l. 1 § 32 eod., l. 11 eod., l. 12 § 1 D. 13. 6 commod., l. 14 eod., l. 15 D. 12. 1. reb. cred.*

Huru än det ifrågavarande rättsärendet må bedömas, ett realkontrakt innebär det alltid, och att det slutits inter absentes, synes heller icke vara tvifvelaktigt, då ju Sempronius i Lucii Titii bref uppgifves hafva anförtrott Titius centum nummos genom sin, Sempronii, slaf Stichus såsom utförare af uppdraget att till-

[1] Onekligen står res i *l. 2 pr. D. 2. 14* i en viss motsättning till det följande inter absentes, se Pernice, Labeo I: 471, men att däraf draga den slutsats, att ett realaftal ej skulle kunna slutas mellan frånvarande, torde ej ega tillräckligt fog; jfr ock Hartmann i *Ar. f. civ. Pr.* LXXII: 177, annorlunda Aubert, Contrat per nuncium s. 60 ff. — En detaljerad framställning »des contrats possibles entre absents» med källhänvisningar ger Dolbeau, Contrats s. 64—84, Cousin, Contrats entre absents s. 9 ff.

räkna Titius sagda penningar, således ej såsom ställföreträdare, utan såsom budbärare, mihi adnumerante servo Sticho actore. Äfven om budbäraren icke varit slaf, torde likafullt ett realaftal kunnat mellan aflåtaren och mottagaren, ehuru frånvarande, slutas, såsom af *l. 1. § 11 D. 16. 3.* framgår, då ej heller i det där omhandlade fallet frambäraren behöfver tänkas såsom ställföreträdare, låt vara att han såsom fri i förhållande till aflåtaren mandati actione tenetur. Det samma gäller om det i *l. 9. § 8 D. 12. 1 reb. cred.* omtalade mutuumärende, där meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, och hvarigenom, te absente, likväl tibi adquiritur obligatio; kunde detta inträffa, oaktadt penningarna icke voro aflåtarens, så finnes naturligen ännu mindre någon anledning att betvifla möjligheten däraf, om de tvärtom så varit.

Frågan åter, när och hvarigenom ett aftal inter absentes skall anses fullbordadt, har icke i källorna erhållit något direkt svar. Äfven här gäller det i sista hand att kunna fastställa id quod actum est, men detta erbjuder gifvetvis i vissa afseenden större svårigheter beträffande förhandlingar mellan frånvarande än mellan närvarande, då något samtidigt konstaterande af förhandlingarnas slut och aftalets fullbordande icke kan inter absentes ega rum, hvaremot å andra sidan skilnaden mellan anbudet och antagandet här måste göra sig mera gällande. Att med Koeppen och Krückmann betrakta dessa båda rättshandlingar i förhållande till aftalet såsom hvar för sig utgörande ett rättsärende, låter sig emellertid näppeligen göra[1], då detta ovilkorligen skulle innebära,

---

[1] Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 334 ff., Krückmann, Vertragsschluss s. 19 ff. Att den senares s. k. »Besitzübertragungsverträge» och anbud »zum Detentionswechsel im aktiven Sinne», med därtill anförda källcitat ingenting kunna bevisa, har redan påpekats, då dylika rättsärenden ej böra anses som aftal. Ifrågasättas kan ock, om anhängarne af teorien om anbudet såsom »Rechtsgeschäft» verkligen mena rättsärende, och ej blott rättshandling; i senare fallet hafva de visserligen alldeles rätt, men deras slutsatser syfta oftast längre. — Hvad åter angår öfriga dels af Krückmann, dels af Koeppen citerade fragment och deras tolkning — jfr Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 228 ff. — må i korthet följande anmärkas: i *§ 4 I. 3. 23* förklaras uttryckligen, att köpet såsom rättsärende är afslutadt och köparen har därtill samtyckt, ehuru med förbehåll, att det däraf uppstående rättsförhållandet mellan kontrahenterna skall, si voluerit emptor, inom viss tid kunna upplösas, hvartill blott behöfves contrarius consensus, som här på förhand gifvits af säljaren för dennes del; blott en offert alltså föreligger ej. — I *l. 20 § 1 D. 19. 5* lämnas frågan, om aftalet slutits eller ej, öppen: si

att aftalet mellan frånvarande måste behandlas och uppfattas på annat sätt än aftalet mellan närvarande — något hvartill källorna alldeles icke gifva anledning. Snarare synes man af det i ofvan citerade *l. 24 D. 16. 3.* anförda exemplet vara i viss mån befogad att draga den allmänna slutsats, att ett aftal inter absentes såsom enhetligt rättsärende kom till stånd i och med fullbordandet af anbudstagarens svarshandling: i exemplet skedde detta visserligen re, h. e. numeratione, men kvittots afsändande, eller förmodligen öfverlämnandet däraf till budet, hvilket kvitto å de mottagna pengarna tillika innehöll en tillsägelse i tydlig enlighet med anbudsgifvarens framförda anbud, tyder därpå, att i regel, särdeles vid konsensualaftal, detta måst vara slutakten i aftalet äfvensom följa så omedelbart på anbudet, att det hela kunnat uppfattas såsom en continuus actus. Anbudsgifvarens kännedom om anbudstagarens svar skulle sålunda icke erfordras för *aftalets* fullbordande.

Härpå häntyda ock uttalanden å spridda ställen. Så af Labeo i *l. 65 pr. 41. 1 de A. R. D.*: Si epistulam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit. — Paulus: immo contra: nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa litteras tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuæ fient. idem accidet in his litteris, quas tuæ dumtaxat rei gratia misero, veluti si pe-

---

emptio facta erat, förelåg ett fullbordadt aftal, jämte ett pactum adiectum, på samma sätt som i *§ 4 I. 3. 23,* i motsatt fall åter förelåg blott ett innominatkontrakt rörande prof utan vare sig köpe- eller försäljningsbundenhet, enär offerten visserligen kunde återtagas, ehuru därom intet säges i detta sammanhang; eller på sin höjd ett innominatkontrakt jämte ett blott för säljaren bindande pactum de contrahendo, jfr Reuterskiöld, Pacta de contrahendo s. 43, men ingen bindande offert. — I *l. 7 pr. D. 18. 1* och *c. 13. C. 4. 38* föreligga antingen fullbordade aftal eller ej ens anbud (så ock Krückmann, a. a. s. 38): i förra fallet är endast det af aftalet följande rättsförhållandet in pendenti; att såväl aftalet som dess rättsföljd kan betecknas med samma ord, venditio, framgår uttryckligen af ordet obligatio i *c. 13 cit.* jfr ock Bechmann, Kauf I: 26. — I *l. 13 D. 46. 3, l. 13. § 27 sequ. D. 19. 1, pr. I. 1. 21* m. fl. har likaledes aftalet, ej blott offerten, kommit till stånd och är på den grund den fullmyndige kontrahenten bunden, hvaremot lagen förhindrar inträdet af rättsföljder för pupillen, så vidt dessa äro för honom oförmånliga; uttrycket ex uno latere constat contractus förklaras genom det följande nam qui emit obligatus est och afser alltså den af aftalet följande bundenheten, ej aftalet självt — som bekant hafva källorna intet särskildt uttryck för vårt »rättsförhållande», utan beteckna detta ofta med dess grund, jfr *l. 20. D. 5. 1.*

> tieris a me, uti te alicui commendarem, et eas commendaticias tibi misero litteras. Jfr *l. 14 § 17 D. 47. 2 de furtis.*

Den epistula, hvari ett anbud, resp. ett antagande, afgifvits, ansågs sålunda först med öfverlämnandet, tibi reddita, hafva definitivt afhändts aflåtaren, så framt den ej tidigare mottagits af ett förvärfvarens bud, hvarvid juristen närmast tänker på den budbärare, som framburit det meddelande, hvaråa brefvet utgör svar[1]. Detta motsäges heller icke af den i aftalsläran ofta omnämda

> *l. 38 pr. D. 41. 2. de A. P.:* Qui absenti servo scribit, ut in libertate moretur, non eam mentem habet, ut statim velit servi possessionem dimittere, sed magis destinationem in id tempus conferre, quo servus certior factus fuerit.

Här fordras visserligen för viljeförklaringens rättsverkan, att adressaten certior factus fuerit, men stället handlar icke om ett aftal mellan frånvarande, ej ens om ett aftal eller ett rättsärende melian frie, utan om en domini viljeförklaring afgifven inter vivos — om genom testamente, inträder verkan omedelbart, se *l. 41. D. 12. 1 reb. cred.* — till manumission af en hans slaf. I intet fall bör det samma därför kunna i allmänhet tillämpas på anbudstagarens svar, och endast med tvekan på anbudsgifvarens anbud[2], hvars följder såsom rättshandling ändock naturligen inträda först i och med det att anbudstagaren certior factus fuerit. Förrän detta skett, kunna nämligen aftalsförhandlingarna ej anses begynta, hvaremot de, sedan anbudstagarens i allo jakande svar slutligt afgifvits, väl kunna anses fullbordade, utan att anbudsgifvaren har därom erhållit kunskap.

Med afseende å såväl denna fråga som frågan om verknin-

---

[1] Visserligen åsyftas här närmast blott eganderätten till brefvet såsom aktstycke, men klart är, att äfven om med dettas öfvergång brefvets så att säga immateriella innehåll icke också nödvändigtvis öfvergått, svarshandlingen såsom rättshandling i allt fall måste anses därmed fullbordad; men dessutom framgår af slutmeningen i *l. 65*, att juristen äfven haft det immateriella innehållet i tankarne. Jfr Aubert, Contrat per nuncium s. 77 ff., Dolbeau, Contrats s. 62 ff., 85 ff. Trots eganderättens öfvergång och aftalets fullbordan torde dock möjligheten af en anbudsåterkallelse icke vara utesluten.

[2] Annorlunda t. ex. Sohm i *Zt. f. H.* N. F. II: 86 ff.; däremot Kühn i *Jb. f. D.* XVI: 36, 37. Schott, Oblig. Vertrag s. 34. — Krückmann Vertragsschluss s. 136, 137 torde ha gifvit den rätta tolkningen af stället, och härmed synes min ofvan gifna förklaring öfverensstämma.

garna af ett återkallande eller upphörande af anbudsgifvarens viljeförklaring i anbudet före aftalets slutande, har man alltför ofta sökt draga slutsatser ur källornas utsagor rörande andra rättsärenden än aftal, och särskildt rörande ensidiga rättsärenden. Erkännas må visserligen, att detta understundom verkligen låter sig göra, men ofta torde dock de sålunda anställda jämförelserna hafva utförts med väl liten varsamhet och försigtighet, och resultatet därför ock blifvit föga tillfredsställande. Hvad särskildt t. ex. manumissionsärenden angår, har *l. 4 pr. D. 40. 2. de man. vind.* bl. a. af Koeppen åberopats såsom bevis därför, att om anbudet ej får betraktas såsom själft rättsärende, utan blott såsom en viljeförklaring, hvilken ännu icke gifvit upphof åt något rättsförhållande, det samma endast kan existera på grund af aflåtarens fortbestående viljeförklaring, och att sålunda ett successive uppkommande aftal icke kan fullbordas, om ej novissimo actu etiam superiores confirmantur[1]. Öfver hufvud måste härvid strängt fasthållas, att en legitimus actus sådan som manumissio eller emancipatio, *l. 77 D. 50. 17 div. reg.*, icke är jämförlig vare sig med aftalet eller med anbudet resp. antagandet såsom rättshandlingar, hvilka ingenstädes ens med särskilda namn betecknats, än mindre såsom legitimi actus karakteriserats, utan tvärtom tillsammans bilda en continuus actus — hvilket är något därifrån skildt[2]. Då det därför säges, att ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem, nam si mutata fuerit, non erit verum volente patre filium manumisisse, så får detta icke så tydas, som måste en viljeförklaring, hvilken som helst, för att frambringa afsedd verkan durare, ända till dess det rättsfaktum fullbordats, hvarvid samma verkan är bunden, utan på sin höjd, att så är nödvändigt, om denna akt bör af det viljande rättssubjektet allena, vare sig detta utgöres af en eller flere personer och vare sig förklaringen afges med eller utan biträde af bud eller ställföreträdare, bringas till fullbordan — något som alldeles icke är händelsen med ett aftal. Detta förhål-

[1] Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 220 ff., 228 ff., 236 ff.; v. Scheurl i *Jb. f. D.* II: 262; däremot med rätta Schott, Vertrag s. 174 ff. Fritze, Unvollend. Willenserklär. s. 10 ff. (särskildt Note 8).

[2] Fritze, Unvoll. Willenserklär. s. 43 har riktigt erkänt, att i fråga om aftalen »die Dinge wesentlich anders liegen als bei der einseitligen Willenserklärung». Likaså i den äldre litteraturen v. Vangerow, jfr Schott, Oblig. Vertrag s. 175.

lande ändras icke i väsentlig mån, om den actus, en viss person har att utföra, är på något sätt sammanställd med den af en annans handlande beroende, utan att till denna stå i inbördes kausalnexus såsom i de likaledes af Koeppen i detta sammanhang anförda exemplen ur *l. 8 § 2 D. 33. 5 de O. V. E. L.*, eller den i litteraturen ofta åberopade *l. 18 D. 8. 4 comm. præd.*, om hvars rätta ordalydelse man dock icke ens uppnått enighet.

Däremot torde sådana uttalanden i källorna kunna med en viss trygghet begagnas, hvilka afse rättshandlingar, som å ena sidan icke i och för sig framkalla det resultat, hvartill de syfta, men å den andra dock kunna göra detta, därest och så snart något nytt rättsfaktum tillkommer. Härvid bör emellertid icke förglömmas, att det romerska aftal, som kunde mellan frånvarande ingås, i regel måste vara ömsesidigt, samt att skilnaden i afslutningssätt mellan real- och konsensualaftal icke är alldeles utan betydelse för frågan om tiden och vilkoren för aftalets fullbordande, i det att realaftalet, om t. ex. den blifvande försträckningstagaren är anbudsgifvare, dock icke kan anses slutet i och med anbudstagaren-försträckningsgifvarens villfarande svar, utan först genom försträckningens därefter skeende aflåtelse, numeratione, hvarvid enligt grunderna för *l. 30 D. 12. 1 reb. cred.*, anbudsgifvaren har i sin faktiska makt, ne accipiendo se ei obstringat, så länge han ännu icke själf, eller iussu slafven, se *l. 5 pr. D. 15. 4 quod iussu*, mottagit beloppet eller han eljes, därest det samma t. ex. genast lämnats till hans budbärare, är i stånd att om han så vill återställa det samma; skulle emellertid budbäraren rymma med det mottagna beloppet, innan hans herre satts i tillfälle att mottaga eller att vägra mottagande, eller sedan mottagande vägrats och beloppet sändts åter, men innan försträckningsgifvaren fått det igen, torde från civilrättslig synpunkt *l. 12 § 1 D. 13. 6 com.* kunna ex analogia tillämpas.

Sålunda torde ett ställe sådant som *l. 2 § 6 D. 39. 5 de don.*[1]:

> Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constat,

trots sin skenbara tillämplighet i verkligheten icke kunna fullständigt anpassas till aftalsinstitutet. Visserligen visar det så-

[1] Jfr Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 244 ff.; Regelsberger, Erörterungen I: 28, 103 ff.; Schott, Vertrag s. 16, 17, 205, 206; Sohm i *Zt. f. H.* N. F. II: 41, 42; Fritze, Unvollend. Willenserklär. s. 71 ff.

som Regelsberger framhållit, att aftalet blir perfekt i och med anbudets framförande genom ett bud och omedelbara antagande af anbudstagaren, men icke att så sker, äfven om anbudet icke göres genom budbärare, utan på annat sätt t. ex. per epistulam. Likaså skulle kunna sägas, att, då det måste anses komma på ett ut, om budet har i uppdrag att pecuniam ad me perferre, eller att till mig framföra ett anbud, resultatet ock bör blifva likartadt: blir ifrågavarande pecunia icke min, om aflåtaren ante mortuus erit, så borde heller icke anbudet kunna af mig under samma förutsättning tillegnas. Såsom v. Scheurl påpekat, kan emellertid häraf blott följa, att det anbud, hvars aflåtare dött redan innan det framförts, men ej innan det antagits, därigenom skulle anses upphöra att gälla[1]. Det ligger för öfrigt icke så obetydlig vigt äfven vid uttrycket donaturus mihi: öfverlåtelsen donandi causa kunde i detta fall icke fullbordas, vare sig tradition erfordras eller, enligt *c. 35 C. 8. 54 de don.*, var öfverflödig; och då hela ärendet just gälde detta, måste det samma förfelas. Anbudet däremot är lika mycket ett tagande som ett gifvande, och hade penningarne lämnats icke såsom gåfva, utan såsom försträckning, så kunde visserligen heller icke, enligt

> *l. 41. D. 12. 1. reb. cred.:* . . . Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies . . .;

eganderätten till dessa nummos såsom vid annan försträckning öfvergå på försträckningstagaren — detta skedde däremot under de i *l. 19 § 3 D. 39. 5 de donat.* antagna förutsättningar — men det säges icke, att icke heller aftalet blifvit slutadt. Tvärtom är detta tydligtvis händelsen, ehuru tillika samma penningar äfven kunde återfordras innan de användts, så vidt öfverlämnaren af penningarna verkligen var budbärare — i det i *l. 41 cit.* framställda exemplet är slafven, som ombesörjde försträckningen, icke budbärare, utan in provincia kalendario præpositus. Har nämligen försträckningen de facto gifvits, ehuru försträckningsgifvaren dessförinnan, men utan att försträckningstagaren eller budet fått kännedom därom, aflidit, så synes samma förhållande hafva inträdt, som det, hvilket omtalas i

> *l. 12 D. 12. 1 reb. cred.:* Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam

[1] v. Scheurl i *Jb. f. D.* II: 267.

> acceperis eaque in rem tuam versa fuerit, condictionem furioso adquiri Iulianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furioso adquiri. item si is qui servo crediderat furere coeperit, deinde servus in rem domini verterit, condici furiosi nomine posse. et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit et consumpta sit ea pecunia, condictionem furioso adquiri.

Ett verkligt försträckningsförhållande uppstår visserligen icke, men detta icke på grund af att aftalet såsom rättsfaktum icke kommit till stånd, utan emedan pecuniam quasi mutuam acceperis, i det att försträckningsgifvarens tillbindande förklaring i själfva verket måste anses hafva upphört, ehuru den däraf bundne försträckningstagaren, som ej egt kännedom därom, på grund af den en gång gjorda dispositionen faktiskt fortfarande kunde genom sin handling framkalla aftalets rättsfaktum, hvars rättsverkningar emellertid för detta fall naturligen kunde af lagen modifieras genom medgifvande om rätt t. ex. att fordra aftalets återgång.

Härmed må emellertid vara huru som helst, säkert är att ställningen väsentligen liknar den, då en aflåtare förändrar sin viljeförklaring eller återkallar den samma[1]. Och för detta fall innehålla källorna uttryckliga bestämmelser, hvilka hänvisa därpå, att aftalet kan fullbordas, denna viljeförändring till trots[2]. Så heter det i

> *l. 1 D. 15. 4 quod iussu:* [1.] Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: 'Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo', videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet. [2.] Sed ego quæro, an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et puto posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset et me certiorasset. [3.] Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur iussisse.

---

[1] Jfr Schott, Oblig. Vertrag, s. 200 ff.; Krückmann, Vertragsschluss s. 100 ff.; Fritze, Unvollend. Willenserklär. s. 53 ff.

[2] Jfr Schott Vertrag s. 170. — Se härom ock Fritze, Unvollend. Willenserklär. s. 12 ff.

Om alltså en anbudsgifvare genom bref eller bud förklarat sig vilja ingå ett visst aftal och uppmanat anbudstagaren att med afseende å detta lämna sitt svar till den bud- eller brefbärande slafven, per epistulam aut per nuntium specialiter in uno contractu iusserit, äfvensom genom en certa lex i sin förklaring förhindrat, att denne slaf skulle kunna uppträda såsom ställföreträdare, så föreligger tydligen såväl ett af de fall, dem nämda *l. 1 cit.* omfattar, som ock ett anbud mellan frånvarande i den mening, hvarom är här fråga. För detta fall gäller följaktligen, att ett återkallande af anbudet visserligen kan ske, men att det samma blir utan inverkan på såväl aftalet som det däraf uppstående rättsförhållandet, så framt aftalet fullbordats, innan anbudstagaren blifvit om återkallelsen certior factus. Alldeles det samma följer af

> *l. 12 D. 14. 6. de SC. Maced.:* ... sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contractus spectandum sit.

Närmast handlas här om tillämpningen af SC Macedonianum, men ratio legis är den samma, som vid aftal mellan frånvarande: aftalet, som genom en anbudsgifvarens handling möjliggjorts, slutes med rättslig verkan, äfven om denne dessförinnan men ignorante creditore återkallar anbudet. Grunden härtill säges vara den, att afgörande betydelse bör tilläggas de dispositionsakter, som vid aftalets ingående och rättsförhållandets uppkomst faktiskt föreligga för kontrahenterna, initium contractus spectandum sit.

Ett direkt vittnesbörd om samma sak, och särskildt med hänsyn till konsensualaftalen, ger

> *l. 15 D. 17. 1 mand.:* Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscepit mandatum.

Såsom Sohm riktigt påpekar[1], är här otvifvelaktigt fråga om ett mandatsaftal *mellan frånvarande*. Återkallelsen kan hafva afsändts, redan innan anbudstagaren mottagit mandatsanbudet. Kommer nu det senare brefvet samtidigt fram eller innan anbudstagaren samtyckt och genom sitt bindande af mandanten fullbordat aftalet, så förhindras dettas uppkomst. Skulle det åter anlända se-

[1] Sohm i *Zt. f. H.* N. F. II: 97; jfr Regelsberger, Erörterungen I: 77, Schott, Vertrag s. 172 ff., Koeppen i *Jb. f. D.* XI: 276 ff., Kühn i *Jb. f. D.* XVI: 53 ff. Fritze, Unvollend. Willenserklär. s. 60 ff.

nare, så verkar det samma upphäfvande ej på aftalet, men väl på det därpå grundade rättsförhållandets *fortsatta* bestånd, så att om uppdraget ännu icke utförts, det ej heller kan framdeles på grund af mandatet utföras; jfr härmed *l. 17 § 1 D. 17. 2 pro socio, l. 65 §§ 6, 8 eod.*, hvilka ställen dock icke, trots deras flitiga användning för detta syfte, synas kunna lämpas till frågan om aftals ingående, utan blott till den om häfvande af på vissa aftal grundade rättsförhållanden.

Gäller återkallelsen däremot ett innominataftal, som ännu icke öfvergått till kontrakt, så kan icke sägas, att något på aftal grundadt rättsförhållande upphäfves, ty aftalet existerar endast consensu, d. v. s. såsom pactum nudum eller samförstånd, intill dess prästation skett från endera sidan, och kontraktet befinner sig följaktligen under bildning ända till dess endera, och antagligen i de flesta fall anbudstagaren, där ej anbudet själft åtföljts af prästation, fullgör sin utfästelse och därmed tillbinder den andre. Ända till dess kan alltså här återkallelse af anbudet ske.

Naturligen måste det, särskildt vid förhandlingar per litteras mellan frånvarande, vara af stor vigt att kunna med säkerhet afgöra, dels huruvida ett bref verkligen innehöll ett aftalsanbud eller blott betecknade ett led i underhandlingarna eller alls ej afsåg ett aftal, jfr *l. 12 § 12 D. 17. 1 mand., l. 60 § 1 eod., l. 62 § 1 eod., l. 34 pr. eod.;* dels huruvida ett afgifvet anbud af anbudstagaren blifvit antaget i behörig ordning. Gemenligen torde vid aftal inter præsentes en särskild urkund, cautio, hafva uppsatts öfver id quod actum est och denna tjänade därefter till bevis om såväl aftalets åvägabringande som dess innehåll. Att så skett äfven vid åtminstone realaftal inter absentes och då i form af kvitto eller svarsskrifvelse från anbudstagaren, visas af flere exempel, se *l. 24 D. 16. 3 dep., l. 26 § 2 eod., l. 126 § 2 D. 45. 1 de V. O.* I hvarje fall torde anbudstagarens antagande svar i likhet härmed ansetts ådagalägga aftalets tillkomst, ehuru med fri pröfningsrätt för domaren att afgöra, huruvida de fakta, hvarom brefvet eller urkunden förmälde, voro i stånd att utgöra grund för uppkomsten af ett aftalsförhållande eller icke, se *l. 61 § 1 D. 44. 7 de O. et A., l. 26 § 2 D. 16. 3. dep.*

Så förklaras t. ex. den i sistnämda *l. 26* omnämda skrifvelse väl bevisa den deposition, hvars mottagande utställaren erkänner, hvaremot hans däri påstådda fordran naturligen icke kan

blott genom detta bref grundas eller bevisas; å andra sidan förklaras t. ex. i *l. 34. pr. D. 17. 1 mand.*, att den tillsägelse, som en uppdragshafvare gjort till sin hufvudman i bref, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus, icke kunde anses i och för sig grunda ett mutuum, oaktadt brefskrifvaren var i besittning af penningarne och res sålunda icke erfordrades utan endast en viljeförklaring: möjligen berodde dock Africani afgörande, såsom af fortsättningen synes antydt, uteslutande därpå, att i detta fall penningarne icke ansågos någonsin hafva varit hufvudmannens, utan denne endast haft en mandatsfordran[1]. Otvetydig är däremot

> *l. 24. D. 13. 5 pec. const.:* Titius Seio epistulam emisit in hæc verba: 'Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus Maiis probos: quod si ad diem supra scriptum, non dedero, tunc dare debebo usuras tot'. quæro an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit. Marcellus respondit, si intercessisset stipulatio. successisse. item quæro, an, si non successisset, de constituta teneatur. Marcellus respondit in sortem teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio.

Endast om ett formligt aftal kommit emellan, var utfästelsen bindande, eljes blott att anse som ett anbud, hvilket emellertid

---

[1] Om beviskraften enligt romersk rätt hos epistulæ se Dolbeau, Contrats s. 93 ff. Med bruket af cautiones skulle naturligen lätt kunnat följa, att skriftlig form ansetts nödvändig, om ej för aftalets åvägabringande, så dock för dess lagliga bevisande, och utvecklingen gick ock efter hand i mycket om än icke i allo därhän, särdeles genom den senare lagstiftningen om insinuation af handlingar, jfr *C. 4. 21 de fide instr.* Ifrågasättas kan följaktligen, om ej skriftlig form bör anses såsom i hvarje fall privatdispositivt velad, och huruvida ej aftalet med hänsyn härtill bör anses slutet först när det samma erhållet nämda form. Emellertid framgår af t. ex. ofvan anförda *l. 26 § 2 D 16. 3:* »respondit ex epistula, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse», att skriften betraktades blott såsom bevismedel; dock kan i den senare rätten åtminstone *c. 17. C. 4. 21.* innebära, att först upprättandet af det skriftliga kontraktet rörande ärenden, quas in instrumento recipi convenit, skulle gifva kraft åt aftalet, som non aliter vires habere sancimus, nisi etc. — Jfr Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht (1891) s. 170 ff., 459 ff., 492 ff., 514 ff.

icke kunde inter absentes leda till aftal, då stipulationen här var enda möjliga aftalsform; dock blef enligt Marcelli interpretatio ett constitutum-aftal beträffande hufvudstolen, men icke rörande räntorna, medgifvet såsom möjligt, där anbudet icke kunde genom stipulatio antagas.

På samma sätt förklarade Scævola i ett annat fall[1], enligt

> *l. 61 § 1 D. 44. 7 de O. et A.:* Seia, cum salarium constituere vellet, ita epistulam emisit: 'Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es, quo semper fuisti, ex continenti acceptis litteris meis distracta re tua veni hoc: tibi quamdiu vivam præstabo annuos decem. scio enim quia valde me bene ames'. quæro, cum et rem suam distraxerit Lucius Titius et ad eam profectus sit et ex eo cum ea sit, an ei ex his epistulis salarium annuum debeatur. respondit ex personis causisque eum cuius notio sit æstimaturum, an actio danda sit;

att det berodde af omständigheterna, huruvida där en på aftal grundad obligatio finge anses föreligga eller ej: anbudet var otvetydigt och icke återkalladt, innan antagandet följt i form af ensidig verkställighet på det i brefvet förelagda sätt, men då det kunde vara tvifvelaktigt, huruvida detta verkställande finge såsom prästation på grund af ett innominatkontrakt anses, och då anbudet ej ledt till en stipulatio, så blef det dens sak, cuius notio sit, vid tvist mellan parterna att ex personis causisque bedöma förhållandet. Meningen torde vara den, att om Seia haft ett intresse af uppfyllandet och ej blott velat visa Titius välvilja, utan rent af tillbinda honom att mottaga det erbjudna salarium jämte därmed följande förpligtelse cum ea esse, så borde ett innominataftal anses föreligga och en återkallelse sålunda cum rem suam distraxerit L. Titius, i allt fall icke drabba aftalet. Är denna tolkning riktig, synes Regelsbergers invändning, att ett aftal ej varit behöfligt, utan snarare för anbudstagaren obekvämt, icke kunna gillas, då ju Seias mening just gått ut på att binda Titius, och detta på ett sätt, som, där det skett så som i brefvet föreskrifvits, ex continenti distracta re tua, måste praktiskt om än ej juridiskt anses såsom synnerligen effektivt. Att anbudet öfver hufvud icke skulle hafva varit återkalleligt, framgår icke af detta ställe.

[1] Jfr Sohm i *Zt. f. H.* N. F. II: 95. Regelsberger, Erörterungen I: 29.

Öfver hufvud torde anbudet mellan frånvarande kunna och böra uppfattas såsom ett bemyndigande genom eller efter analogi med ett mandatum tua et mea gratia, *l. 2 § 4 D. 17. 1 mand.* och aftalet sålunda anses slutet i och genom den handling af anbudstagaren, hvarigenom han i enlighet med anbudet utför det däri liggande uppdraget att samtycka och tillbinda[1], jfr t. ex. *l. 35 D. 17. 1 mand.*, eller

> *l. 10 § 4 D. h. t.:* Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Papinianus libro tertio responsorum scribit, quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductæ non sunt.

Att här är eller kan vara fråga om ett anbud, följer däraf, att mandatet gått ut på erbjudande af förstäckning ab actoribus suis, alltså ett aftal med anbudsgifvaren genom några dennes förvaltare såsom bud. Antages anbudet, uppstår dock ej en actio mandati, enär i stället det afsedda kontraktsförhållande, som därigenom kommit till stånd, ger en annan actio, i det att de mutua pecunia eum habet obligatum. Kan eller vill anbudstagaren icke ingå aftalet, torde han dock ej vara skyldig att därom underrätta anbudsgifvaren, då *l. 27 § 2 D. h. t.*, som eljes vore tillämplig, närmast handlar blott om renuntiation af ett åtaget uppdrag, och icke torde kunna tillämpas å ett aftalsanbud mellan frånvarande.

Resultatet häraf torde i korthet kunna så sammanfattas, att aftal, som inter absentes kunde ingås, i regel måst vara ömsesidiga, vare sig i form af ömsesidiga tillsägelser eller af tillsägelse å ena och annan aflåtelse å andra sidan; att anbudet kunde återkallas, ehuru en återkallelse, hvarom anbudstagaren vid antagandet var

---

[1] Jfr v. Scheurl i *Jb. f. D.* II: 274 ff.; Bekker, System II: 212 Note n. — Att ersättningsskyldighet med afseende å omkostnader, som, om genom anbudsgifvarens förhållande aftalet ej kommer till stånd, med anledning af anbudet-mandadet blifvit förberedelsevis och till aftalets åvägabringande af anbudstagaren gjorda, kan grundas på mandatsförhållandet före aftalet, torde icke vara tvifvelaktigt, men framhållas bör, att denna skyldighet möjligen modifieras därigenom, att mandatet är gifvet et tua gratia, hvadan en fördelning af förlusten mellan parterna kunde tänkas, arg. *l. 16. D. 17. 1, l. 35 eod., l. 36 pr. eod.* — Mot mandatsteorien Melliger, Nichtige Verträge s. 92 ff.

okunnig, icke hindrade aftalets slutande, men möjligen modifierade rättsverkningarne; att aftalet fullbordades genom antagandets svarshandling, vare sig i form af samtyckt faktiskt utförande af ett anbudsgifvarens mandat eller af uttryckligt antagande genom svar till denne; att i senare fallet svaret var afgifvet, därest det gafs per nuntium, så snart budbäraren framfört sitt uppdrag, och därest det gafs per epistulam, så snart brefvet aflämnats vare sig till anbudsgifvarens budbärare eller eljes hos honom; samt att, i fall ett anbud icke kunde utmynna i annat aftal än en stipulatio och sålunda endast genom ställföreträdare afslutas, det fick af omständigheterna bero, huruvida ett innominataftal kunde anses föreligga, så snart consensus från endera sidan omsatts i handling enligt öfverenskommelsen, eller om nihil actum est.

III.

Aftalet i gällande utländsk landslagstiftning.

15.

Våra dagars samhälle rör sig i mycket inom andra banor än det antika. Särskildt till följd af två omständigheter har denna skiljaktighet gjort sig gällande och erhållit betydelse äfven för samfärdselns rättsliga reglering: den ena är slafveriets upphörande, den andra är kommunikationsväsendets utveckling. Båda dessa omständigheter hafva i väsentlig mån omskapat det allmänna föreställningssättet och framtvungit nya former för den ekonomiska omsättningsrörelsen och den privata förmögenhetsbildningen, men därmed ock såsom nödvändiga följder, ej minst med hänsyn till transaktioner mellan frånvarande, medfört modifikationer i den verldsrätt, som antiken utbildat för och enligt sina behof. Äfven aftalet såsom rättsinstitut har väl i följd häraf undergått förändringar, men till sitt väsen och sin natur har det förblifvit det samma inom den nya som inom den gamla rätten — såsom det icke var af den romerska rätten uppfunnet, utan förefunnet, upptaget och utbildadt, så hafva ock de moderna statliga rättssystemen förefunnit det samma ej blott i den på dem i en eller annan form inverkande romarrätten, utan ock såsom inhemsk utvecklingsprodukt, och så hvarken velat eller förmått afskaffa det samma, hvad de än må kunnat skapa vid sidan däraf.

Tvärtom har allt från begynnelsen en af den moderna rättens, låt vara ur den kanoniska framsprungna, grundsatser varit den, att aftal skola hållas, pacta sunt servanda, alldeles oafsedt, huruvida till aftalet såsom en faktiskt samtyckt privatdisposition kommit något ytterligare det samma stödjande rättsfaktum, såsom den romerska rätten principiellt fordrade, eller ej. Den romerska formalismen var partikularistisk, icke iuris gentium, och försvann därför, när naturrätt och romersk rätt smälte samman och trädde

i de nya statsbildningarnas tjänst, undanträngande äfven de äldre där inhemska formerna. Från det formlösa aftalet är emellertid steget ej långt till den ensidiga utfästelsen, i det att med försvinnandet af de yttre fakta, som för romarne liksom ock i viss mån för germanerna gifvit aftalet dess så att säga samhälleliga påtaglighet och konstaterbarhet, den privata dispositionen i och för sig måste mer och mer framträda såsom det för bundenhetens inträde enda afgörande och väsentliga, hvarmed naturligen lätt följer en benägenhet att tillägga äfven aflåtelsehandlingen såsom sådan en större betydelse än den i den äldre rätten kunnat erhålla, helst det germanska samhället i vida högre grad än det romerska var benäget att bygga på individualistisk grund. Å andra sidan måste dock alltid betänkligheter uppstå mot att tillerkänna den formlösa ensidiga tillsägelsen, utfästelsen, samma förmögenhetsrättsliga verkningar som ett aftal, hvarigenom i allt fall åtminstone ett privat konstaterande af bundenheten var möjligt.

Om än emellertid någon principiel invändning icke kan från nyare rättsståndpunkt göras mot erkännandet af utfästelsen såsom ensidigt rättsärende inter vivos, så torde dock ett sådant erkännandes faktiska gifvande städse förutsätta, att utfästelsen erhåller en viss yttre objektivering, hvarigenom den, utan att såsom i aftalet på ett socialt uppfattbart sätt af annan upptagas, kan för andra framträda såsom verkligt menad ensidig aflåtelse.

I allmänhet har dock såväl den kontinentalt-europeiska som den anglikanska lagstiftningen principielt uppställt aftalet och icke utfästelsen såsom grund för privatdispositiv obligatorisk bundenhet, d. v. s. först vid det rättsfaktum, att två dispositionsberättigade parter på visst sätt samverkat i och för åvägabringande genom privatdisposition af ett visst förhållande, och icke vid det rättsfaktum, att ena parten vidtagit en aflåtelsehandling, riktad till den andre och framkommen till honom, knutit prästationsbundenhet såsom rättsverkan[1].

[1] Denna formulering synes mig riktigare än den af Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 225, 226 uppställda, enär skilnaden emellan löftes- eller utfästelseteorien och aftalsteorien väsentligen ligger däri, att den senare fordrar handling af båda parterna, den förra blott af den ena såsom nödvändig förutsättning för rättsärendets fullbordande och rättsförhållandets uppkomst; gör lagen en tillsägelse bindande i och med framkomsten till adressaten eller till hans kännedom, men tillika förklarar, »at Akcept er fornøden uafhængigt af Løftets Indhold, selv om dette er aldeles ubetinget», så föreligger ej »en Løfteteori med Indrømmelse til Overenskomsttheorien», utan tvärtom en aftalsteori, alldenstund det med

Sålunda heter det i

> *Fr. C. civ. art. 1370:* Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. — Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Meningen med detta stadgande är tydligtvis den, att en förbindelse, engagement, kan uppstå utan att grundas på aftal, endast om antingen lagen pålägger en obligation, ehuru någon privatdispositiv akt ej föreligger, t. ex. engagements entre propriétaires voisins, eller om un fait personnel à celui qui se trouve obligé kan konstateras, d. v. s. om någon på sådant sätt ingriper i en annans rättssfer, att han därigenom ådrager sig en ansvarspligt, handlingen må sedan karakteriseras såsom quasi-contrat, délit eller quasi-délit i tämlig öfverensstämmelse med de romerska rättskällornas terminologi. Någon utfästelse omtalas emellertid i detta sammanhang icke och icke heller annorstädes såsom grund för en obligation. Endast skenbart skulle såsom undantag härifrån kunna åberopas *artt. 1326 och 1589*, af hvilka den förra omtalar billets ou promesses sous seing privé, den senare uttalar, att la promesse de vente vaut vente. I båda fallen afses nämligen i själfva verket tillegnade löften, alltså aftal, såsom ock af fortsättningen i *art. 1589* framgår, då där säges, lorsqu' il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix: egentligen är ett promesse de vente alltså ett pactum de contrahendo med legal verkan af köpeaftal, men i allt fall uppfattadt just såsom aftal[1]. Och *art. 1326* förklarar visserligen, att en skriftlig enskild handling är giltig, om den blifvit på visst sätt uppsatt, då därigenom une seule partie s'engage envers l'autre, men förutsätter ett af handlingens förvärfvare accepteradt

tillsägelsen afsedda rättsförhållandets uppkomst just är beroende af båda parternas handlande, låt vara, att lagen därjämte vid aflåtelsehandlingen såsom rättsfaktum knutit en annan verkan och låtit ett annat rättsförhållande uppstå. Och likaså omvändt, om »der fra Adressatens Side ikke nødvændigt kræves en virkelig Tilegnelseshandling, men ogsaa andre Handlinger anerkjendes som gyldig 'Akcept', naar Løftet kun kræver saadanne», så föreligger ej en aftalsteori »med Indrømmelser til Løftetheorien», utan antingen en verklig aftalsteori eller en ansvarsteori, men ingen utfästelseteori, då det är den andra partens handling, som i allt fall blir det afgörande, ej utfästelsen.

[1] Carpentier, Codes et Lois II: 217 vid art. 1589.

promesse unilatérale, således ock ett aftal, och afser blott sättet för dettas *bevisande*[1]. Att äfven denna billet åtminstone bör vara af medkontrahenten underskrifven, ej blott af aflåtaren, följer af *art. 1322:* skulle så emellertid icke vara nödvändigt, är likväl tydligt, att le billet sous seing privé icke är liktydig med anbudet eller aflåtelsehandlingen, utan snarare uttryck för antagandet, och äfven förutsättes vara en till bevis om detta eller ingånget aftal uppsatt skriftlig handling, samt gäller därför endast för så vidt den bevisar ett aftal[2].

Samma grundsats, som af den franska lagen omfattats, har äfven upptagits i de därifrån utgångna lagstiftningarna, ordagrant i *Bel. C. civ. art. 1370*, i andra ordasätt uttryckt i de öfriga. Så säges kort och godt i *It. C. civ. art. 1097*, att en obligation härleder sig antingen från lagen eller från ett aftal, ett kvasi-aftal, ett delikt eller ett kvasi-delikt; i *Sp. C. civ. art. 1089* på samma sätt, dock att här i stället för termerna delikt och kvasi-delikt användas uttryck, som framhäfva just det franska un fait personnel à celui qui se trouve obligé, om än med med mindre räckvidd än detta[3]. Likaså omtalar *Port. C. civ.* under rubriken »om de rättigheter, dem man förvärfvar genom egen handling och vilja under samverkan med annans» i andra delens andra bok de obligationer, som uppstå på grund af kontrakt, och under rubriken »om de rättigheter, dem man förvärfvar genom annans blotta handlande (: por mero facto de outrem) och om dem man förvärfvar genom lagens omedelbara föreskrift» (: por simples disposição da lei) i dess tredje bok negotiorum gestio, arf och testamente, samt under rubriken »om civil ansvarighet» i fjärde delens första bok de obligationer, som uppstå på annan grund, hvaremot ingenstädes behandlas uppkomsten af obligationer på grund af utfästelse utan annans medverkan. — *Ned. B. W. B.*

---

[1] Jfr Rivière, Codes français, C. civ. sid. 187 note 1 a; jfr Carpentier, Codes et Lois II: 176 vid art. 1326.

[2] Då i *Fr. C. de com. art. 112* talas om simples promesses, förstås därmed likaledes aftal af vanligt slag i motsats mot vexelrättsliga tillsägelser; betecknande nog säga härom Lyon-Caen et Renault, Manuel s. 464: »Cela signifie, non pas que le titre n'a aucune valeur, mais qu'il ne vaut pas comme lettre de change.»

[3] *Sp. C. civ. art. 1089:* Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos ó en que intervenga cualquir género de culpa ó negligencia.

art. 1269 låter obligationen uppstå »antingen genom öfverenskommelse eller genom lagen» och i senare fallet enligt art. 1388 »antingen genom lagen allena eller genom lagen till följd af människors åtgörande», hvarvid sålunda en kausalitäts- eller ansvarssynpunkt göres gällande, men icke utfästelsen såsom ensidig privatdispositiv akt[1].

Något principielt uttalande finnes åter ej i *Schw. B. O. R.*, men äfven häri framställas, i första titeln, såsom grunder för en obligations uppkomst, endast Vertrag, unerlaubte Handlungen, ungerechtfertigte Bereicherung, samt familje-, arfs- eller offentligrättsliga förhållanden, utan att på något sätt utfästelsen allena, vare sig ensam eller såsom framkommen till adressaten, framstår såsom tänkt tillräcklig grund för ett på privatdisposition beroende rättsförhållande mellan två eller flere personer. — Uttryckligen förklaras däremot i *Öst. A. B. G. § 859*, att s. k. persönliche Sachenrechte, vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist, alltså skapande obligatorisk bundenhet, grundas entweder unmittelbar auf ein Gesetz, oder auf einen Vertrag oder auf eine erlittene Beschädigung.

Äfven den nya tyska civillagboken står på samma ståndpunkt, då däri stadgas:

> *Ty. B. G. B. § 305:* Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Betheiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.

Grundsatsen i fråga har här uttalats, såsom i motiven anföres, mest för att förebygga den uppfattning, som eljes möjligen skulle kunnat göra sig gällande på grund af de afvikelser från den samma, hvilka uppgifvas undantagsvis i lagen förekomma, den nämligen att redan den ensidiga i afsigt att förpligta sig själf afgifna utfästelsen skulle vara tillräcklig grund för ett skuldförhållande. Då denna uppfattning emellertid icke var af lagförslagen afsedd att upptagas, så ansågs ock böra uttryckligen fastslås, att aftal var erforderligt.

[1] *Ned B. W. B. art. 1269:* »Alle verbindtenissen ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet»; *art. 1388:* »De verbindtenissen, die uit kracht der wet geboren worden, spruiten voort of uit de wet alleen, of uit de wet tengevolge van 's menschen toedoen».

ehuru lagen därjämte rörande vissa särskilda rättsinstitut gifvit bestämmelser, hvilka i motiven betecknats såsom afvikelser från grundregeln.[1] Lagen själf har dock icke gifvit någon definition å begreppet Vertrag, hvadan det väl kan vara tänkbart, att dessa s. k. afvikelser mera äro afvikelser från författarnes eller den herskande tyska doktrinens aftalsbegrepp, än från lagens eget, sådant det af totalsammanhanget i lagen och det allmänna rättsmedvetandets uppfattning däraf framgår. Och då de afvikelser, som af motivförfattaren angifvits såsom sådana, afse dels Auslobung, dels Stiftung, dels Schuldverschreibungen auf den Inhaber, blir sålunda frågan den, huruvida, under förutsättning att lagen verkligen med aftal förstår äfven ett samtyckt ensidigt pålägg, alltså aftal i formell begreppsmening, tillsägelsen i de nämda fallen verkligen erhåller sin giltighet såsom ensidig dispositionsakt.

Att emellertid så icke är förhållandet torde äfven en flyktigare undersökning visa. Framför allt gäller detta i fråga om stiftelsen, där enligt *§§ 80, 81* en statlig medverkan i form af stadfästelse efter pröfning är nödvändig, och den enskilda dispositionsakten såsom sådan så utan kraft, att den är återkallelig bis zur Ertheilung der Genehmigung, t. o. m. sedan ansökningen om stadfästelse ingifvits, om nämligen återkallandet då sker hos vederbörande myndighet. Stiftelsehandlingen är därför i och för sig en rättshandling och närmare angifvet en utfästelsehandling, men såsom sådan ofullständig, och rättsbildande endast om och när den af samhället antages och godkännes: analogien med aftal inter privatos är slående, och undantaget bekräftar i själfva verket hufvudregeln på det mest eftertryckliga sätt.

Icke heller i fråga om förskrifningar, ställda att betalas till innehafvaren, är det utfästelsen i och för sig som är rättsbildande faktum, ehuru af motiven synes framgå, att lagförslagens mening varit sådan.[2] Det fordras nämligen utom en utfästelse, ej blott att denna skall vara i en viss form objektiverad i en urkund och därmed fixerad såsom en värdesak i utställarens ego, utan ock att denna sak kommit ut i den allmänna rörelsen, hvarvid emellertid sättet härför är till den grad likgiltigt, att äfven stöld eller förlust af urkunden, emot utfästarens vilja och utan hans vetskap, medför betalningsskyldighet till förvärfvare i god tro, *§§ 793, 794*. Härtill kommer, att det strängt taget icke är hvarje innehafvare af pap-

[1] Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 365 vid § 305.
[2] Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 888.

peret, utan egentligen blott hvarje dess rättmätige egare, som har en ovilkorlig betalningsrätt, något som alltså förutsätter ett rättmätigt första förvärf genom öfverlåtelse från, jämte tillsägelse genom aftal med, utställaren, hvilken städse kan mot rättmätigheten af innehafvarens förvärf af papperet göra invändning; att bevisskyldigheten därvid åligger utställaren, är helt naturligt. Emellertid är han betalningsskyldig, därest han ej kan åstadkomma bevisning, äfven om papperet från början på lagstridigt sätt utkommit, och detta beror icke på hans ensidiga dispositionsakt, utan omedelbart på lagens stadgande: hans disposition gick ju uppenbart allenast ut på betalning till den som presenterar papperet, sedan detta till följd af en ytterligare dispositionsakt öfvergått från utställaren till annan person, d. v. s. sedan en öfverlåtelse egt rum. Tänkbart är väl, att utställaren derelinkverar papperet utan att öfverlåta det till någon viss person, men i så fall föreligger antingen en ofullbordad afsigt att derelinkvera ett urkundens värde motsvarande belopp, eller en fullbordad afsigt att blott derelinkvera själfva papperet: i intetdera fallet är detta en dispositiv utfästelse, och det kan därför ej vara en sådan allena, som medför betalningspligt, utan endast den enligt lagen ansvarsbringande dereliktionshandlingen, enär rätten dispositivt bundits vid papperet.

Beträffande slutligen Auslobung, så är denna en offentligen kungjord utfästelse eller ett utlofvande af en viss belöning för en handling af angifven beskaffenhet, *§ 657*, och i motiven förklaras uttryckligen, att lagförslagen härvid velat ställa sig icke på aftalsteoriens ståndpunkt, som i utlofvandet ser ett anbud ad incertam personam, utan ansluta sig till pollicitationsteorien.[1] Detta framgår ock af lagtexten i *§ 657*, särskildt slutorden auch wenn etc., hvarigenom äfven den kan göra anspråk på belöningen, som företagit den angifna handlingen utan att därtill förmåtts af eller ens känt till utlofvandet, och detta t. o. m. om anspråket skulle framställas, först sedan utlofvandet möjligen återtagits, ehuru handlingen verkligen företagits innan återkallelsen skedde. Men icke heller här är det utfästelsen såsom sådan, utan utfästelsen, emedan den framträder såsom verklig disposition i direkt aflatelsesyfte samt otvetydigt objektiverats genom att blifva offentligen kungjord och icke på samma sätt återtagen, som utgör det rättsfaktum, hvarvid rättsverkningarna knutits. Emot utfästelsen såsom aflätelse i verk-

[1] Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 733, 734.

ligt aflåtelsesyfte har lagen ingenting principielt att invända, men den fordrar, att en utfästelse äfven om den eger rum i aftalets form och således än mer om den sker såsom ensidigt rättsärende, antingen blir afgifven till eller inför myndighet, eller eljes erhåller en icke obetingadt af aflåtaren ensam beroende objektivering på annat sätt; jfr ock *§§ 311, 518, 780.*

Principielt är det däremot, som den anglikanska rätten förklarar en utfästelse i och för sig och i enbart aflåtelsesyfte vara rättsligen kraftlös, så länge den blott är executory och icke tillika executed eller omsatt i prästation: ett formlöst löfte om gåfva är icke bindande, men väl ett löfte, som erhållit yttre objektivering och fixering genom att, så att säga, försinligas medels the solemnities of a deed eller bond.[1] Orsaken härtill ligger i den anglikanska rättens fordran på en viss consideration eller ett quid pro quo såsom oundgängligt vilkor för en privatdispositions giltighet, där den samma ej är omedelbart executed.[2] Detta specifikt engelska rättsinstitut, som mer eller mindre fullständigt eller förändradt öfvergått till öfriga anglikanska rättssystem, är i grunden just ett uttryck för den anglikanska rättens kraf på ömsesidighet vid tillsägelser, denna ömsesidighet må sedan yttra sig såsom ömsesidighet i aflåtelser eller såsom tillsägelse å ena sidan och såsom däraf förorsakad uppoffring, skada eller olägenhet å den andra. »There must be something given in exchange», förklarade redan Blackstone,[3] »something that is mutual or reciprocal; this thing, which is the price or motive of the contract, we call consideration»; och i den angloindiska lagstiftningen, som

[1] Blackstone-Kerr, Commentaries II: 340, 450 ff., (formulär s.) 575; Kent, Americ. Law II: 544 ff., 587; Benjamin, Sale s. 248 ff.; Pollock, Contracts s. 7, 184; Leake, Digest s. 6, 112 ff, 121, 529 ff., Anson, Principles s. 15, 60 ff., 321; jfr Robertson i *Encycl. Britt.* art. Contract; Munch-Petersen, Løftet s. 272, 278--281, 288. — I Indien »an unaccepted proposal creates no liability, even when made by deed», se Stokes, Codes I: 493; likaså »in several American jurisdictions», se Pollock i *Encycl. of Engl. Laws,* art. Contract: [1.].

[2] Se härom och om utvecklingen af consideration-institutet Munch-Petersen, Løftet s. 257 ff. (litteratur s. 257 not 1); jfr ock Kent, Americ. Law II: 582 ff., Pollock, Contracts s. 9, 166 ff., 691 ff. och i *Encycl. of Eng. Laws* art. Contract: [4]; Leake, Digest s. 6, 526 ff., Anson, Principles s. 48 ff., 79 ff.; Robertson i Encyclop. *Encycl. Britt.* art Contract.

[3] Blackstone-Kerr, Commentaries II: 454.

dock icke torde vara i alla detaljer fullt öfverensstämmande med den engelska common law, anges consideration enligt[1]

> *Ind. C. A. sec. 2. d.:* When, at the desire of the promisor, the promisee or any other person has done or abstained from doing, or does or abstains from doing, or promises to do or to abstain from doing, something, such act or abstinence or promise is called a consideration for the promise.

Med nödvändighet följer häraf, att en tillsägelse, som ej skett genom antagande af ett anbud och som blott kommit till mottagarens kännedom, ännu icke kunnat framkalla den erforderliga consideration, och alltså måste vara kraftlös såsom utfästelse, ehuru den såsom tillsägelsehandling i ett aftal kan erhålla giltighet. Att the consideration för öfrigt i ett konkret fall må vara en ren obetydlighet, inverkar icke på denna fråga, då det här icke är motprästationen såsom sådan, utan såsom legal inducement till aflåtelsen, och framför allt nödvändigheten af en samverkan med motparten, som kommer i betraktande.

Hvad åter deeds angår, så är det visserligen sant, »that a promise so made is at once operative without regard to the other party's acceptance», liksom att en sådan tillsägelse redan genom sitt afgifvande blir oåterkallelig och redan därmed, att den kommer till adressatens kännedom, ernår förpligtande kraft, så framt ej adressaten afslår den samma.[2] Men detta är så långt ifrån liktydigt med utfästelse såsom rättsgrund för bundenheten, att denna rättsgrund tvärtom uttryckligen förklaras ligga i den stränga objektiveringen af viljeförklaringen, nämligen dels i dennas form, dels och framför allt i den upprättade formalurkundens faktiska aflåtelse: »a deed takes effect from the delivery», »delivery is necessary to render a deed operative».[3] Med andra ord vill detta säga, att utfästelsen först fixeras på och bindes vid papperet eller pergamentet såsom bärare af aflåtelsen och därefter såsom ett särskildt förmögenhetsstycke öfverlåtes å annan, hvarigenom det i själfva verket mindre blir en executory än en executed aflåtelse, som här omedelbart föreligger, låt vara att denna är af sådan natur,

[1] Stokes, Codes I: 497, 546.

[2] Pollock, Contracts s. 49; Leake, Digest s. 118. Anson, Principles s. 57, 58.

[3] Leake, Digest s. 114 ff.

att den såsom nödvändig följd drager med sig äfven en framtida aflåtelse: i intet fall är det utfästelsen, som skapar rätten.[1]

16.

Om det än är obestridligt liksom äfven obestridt, att de kontinentalt-europeiska liksom de anglikanska rättsordningarne innehålla principiella uttalanden, hvilka hänvisa på aftalet och icke på utfästelsen såsom grund för ett rättsligt bundenhets- eller skuldförhållande, och om det än är lika så visst, att dessa lagstiftningar genomgående använda aftalsteoriens terminologi, så kunde det i allt fall tänkas, såsom ock Jul. Lassen i sin ofta nämda afhandling sökt närmare utföra[2], att detta blott vore ett yttre skal och en omklädnad, från hvilken den juridiska vetenskapen måste se bort för att i stället taga fasta på kärnan och de verkliga grundtankarne i respektive lagstiftningar. Frågan blir därför närmast, hvad dessa lagstiftningar själfva, icke blott deras författare, mena med aftal och huru deras aftalsbegrepp förhålla sig till det här ofvan i första kapitlet såsom rättsvetenskapligt begrepp, och ej blott såsom en kollektivbeteckning för ett flertal på något sätt förenade rättshandlingar, uppvisade aftalsbegreppet. Därvid torde vara lämpligast att först undersöka, huruvida, och i händelse af jakande svar hvarigenom, tillsägelseärenden blifvit betraktade såsom aftal, för att sedermera tillse, huruvida och på hvad sätt äfven andra aflåtelseärenden möjligen hänförts under aftalsbegreppet.

Hvad till en början den första frågan angår, är det tydligt, att någon, om än icke en fullständig ledning bör kunna i afseende på de lagstiftningar, hvilka innehålla definitioner å aftal, vinnas

---

[1] Anmärkas bör ock, att beteckningen promise i det engelska rättsspråket icke betyder löfte eller utfästelse, utan antagen tillsägelse, jfr *Ind. C. A. sec. 2. b:* »A proposal, when accepted, becomes a promise». Promise är alltså antingen anbud eller agreement, jfr *Ind. C. A. sec. 2. e:* »Every promise, and every set of promises, forming the consideration for each other, is an agreement»; samt Pollock, Contracts s. 7 och i *Encycl. of Engl. Laws* art. Contract [2]: »What is called a promise in common speach is in law no more than an offer or proposal until it is accepted.» — S. k. general proposals, motsvarande de tyska Auslobungen, betraktas blott såsom anbud ad personam incertam, och antagas genom »performance of its conditions», se Stokes, Codes I: 493. jfr Pollock, Contracts s. 13, 14, Anson, Principles s. 39 ff.

[2] Jul. Lassen, i *T. f. R.* I: 117 ff.

genom en betraktelse af dessas legala aftalsdefinitioner. Bland dem, som sålunda innehålla och angifva ett visst aftalsbegrepp såsom principielt upptaget, är först och främst den franska lagen. Där stadgas i

> *Fr. C. civ. art. 1101:* Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Jämföras härmed *artt. 1102—1106*, så visar sig, att den franska lagstiftningen uppenbart icke inskränkt sig till erkännande af aftalet i materiel begreppsmening med ömsesidiga, af hvarandra vilkorade aflåtelser, utan upptagit äfven det formella aftalsbegreppet och sålunda såsom aftal betraktat äfven en antagen enkel tillsägelse. Enligt ordalydelsen i *art. 1101* framstår aftalet vidare såsom ett af privatdisposition beroende rättsfaktum för uppkomsten af en obligation, convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent. Att detta rättsfaktum betecknats såsom en convention, behöfver icke i och för sig betyda, att aftalet måste ingås genom uttryckliga förklaringar medels talade eller skrifna ord, utan kan lika väl innebära, att afslutandet kommer till stånd genom konkludenta handlingar, ehuru det naturligaste och vanligaste afslutningssättet självfallet är ett aftalande expressis verbis, helst om man tillika tager i betraktande den franska rättens grundsatser i kap. VI af tredje bokens tredje titel eller *artt. 1315* ff. de la preuve des obligations. Den franska lagen fäster för öfrigt afseende mindre vid aftalet såsom rättsärende än vid det genom privatdispositionen uppkomna obligatoriska rättsförhållandet. Frågan om aftalet och dess ingående framstår här såsom en fråga af mera underordnad betydelse, och aftalet behandlas därför föga utförligt. Några särskilda bestämmelser rörande aftal mellan frånvarande finnas lika litet som i den romerska rätten, hvars formlösa konsensualaftal med undanrödjande af skilnaden mellan contractus och pacta, hvilken icke återfinnes i Code civil[1], öfvergått till och utvidgats af den franska rätten.

Detta visar sig ock i det sätt, hvarpå aftalets väsentliga moment af lagen angifvits i

> *Fr. C. civ. art. 1108:* Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de

[1] Jfr Demolombe, Cours XXIV: n:os 28 ff., 32 ff., Munch-Petersen, Loftet s. 178—185.

la partie qui s'oblige; — la capacité de contracter; — un objet certain qui forme la matière de l'engagement; — une cause licite dans l'obligation.

Såsom Demolombe riktigt anmärkt, är graden af väsentlighet icke lika stor hos dessa fyra särskilda conditions för ett aftals rättsgiltighet; för aftalets tillvaro såsom convention äro blott l'objet et le consentement de alltid nödvändiga förutsättningarna[1]. Hvad föremålet för aftalet beträffar, skall därom talas i annat sammanhang; här är det hufvudsakligen le consentement, som påkallar uppmärksamhet.

Det faller genast i ögonen, att den handling af den förpligtade i det tilltänkta obligationsförhållandet, hvilken af lagen beaktats, icke blifvit betraktad såsom utfästelse utan såsom samtycke, consentement, och tillika att denna consensus icke blifvit framställd såsom ömsesidig, utan såsom gifven af den förpligtade. Demolombe har väl funnit detta senare förhållande anmärkningsvärdt, och förklarar[2], att »il est manifeste que la convention ne peut se former que par le consentement de toutes les parties qui y figurent, non-seulement de celle qui s'oblige, mais encore de celle envers laquelle l'obligation est contractée; c'est ce que reconnaît virtuellement l'art. 1108 lui-même, par l'emploi qu'il fait du mot *consentement*, qui implique la réunion de deux volontés, dont l'une se *noue* avec l'autre». Häri har Demolombe visserligen icke orätt, men han betraktar därvid ordet *le consentement* från en något annan synpunkt än texten närmast ger vid handen, nämligen såsom beteckning för samförståndet rörande aftalets innehåll, under det att lagen med consentement i *art. 1108* uppenbart närmast och egentligen åsyftar samtycket till bundenheten i ett tillärnadt enkelt rättsförhållande. I båda betydelserna, om än skarpare i den sistnämda, ligger i ordet ett bestämdt framhållande af den romerska regeln om förvärfvaren såsom den, hvilken framkallar rättsförhållandet genom sin tillbindande handling med den bundnes samtycke, samt af aftalet såsom ett uttryck för detta rättsfaktum. Samtycket tänkes gifvet genom antagandet.

Samma förhållande gör sig ock på andra ställen synbarligen gällande. Så t. ex., ehuru den franska rätten icke upptagit stipulationen i dess romerskrättsliga sårform, har den dock bibehållit

[1] Jfr Demolombe Cours XXIV: n:os 40—42.

[2] Demolombe, Cours XXIV: n:o 45. — En om icke uttömmande, så dock beaktansvärd analys af le consentement ger Dolbeau, Contrats s. 337 ff.

och på samtliga aftal öfverfört stipulationskontraktets väsentliga egenskaper såsom aftal betraktadt. Aftalet tänkes sålunda slutet icke af två fullt likställda parter, utan så att säga efter diktamen af förvärfvaren, stipulanten; parterna sammanfattas visserligen under benämningen parties contractantes, men hvardera för sig betecknas den ena såsom celui qui a stipulé och den andra såsom celui qui a contracté eller qui s'engage, qui s'oblige. Sistnämda uttryck hänvisa, jämförda med *art. 1108*, otvetydigt på det mera passiva samtycket, icke på det mera aktiva pålägget, på det efterföljande medgifvandet, icke på dikterandet. Och att det är stipulanten, hvars handling tänkes normerande för rättsförhållandets uppkomst, uttalas klart i *Fr. C. civ. art. 1162*, enligt hvilken aftalet s'interprète contre celui qui a stipulé till förmån för den, som genom aftalet blifvit bunden. Den, som förestafvat kontraktet, får bära följderna af tvetydighet i dess innehåll, alldeles så som i den romerska rätten. — Aftalet enligt fransk lagstiftning är alltså det rättsfaktum, hvarigenom någon genom privatdisposition binder en annan till prästation af ett rättsgodt: löftet att prästera framträder där blott såsom samtycke[1].

Den franska civilrättens grundsatser, hvilka, då inga särskilda bestämmelser finnas i *Fr. C. de com.*, äfven i princip gälla för handelsrätten, ehuru häfdvunna handelsbruk kunna medföra en del smärre afvikelser, återfinnas ock i hufvudsak, om än mindre skarpt uttalade, i de romanistiska lagstiftningarna i allmänhet. Dock framträder här, uppenbart under inverkan af rättsvetenskapen, en tendens att betona samförståndet i aftalet på bekostnad af samtycket såsom uttrycket för den obligerades handling. Öfverensstämmande med den franska lagens motsvarande artiklar äro visserligen *Bel. C. civ. artt. 1101 ff.*, *1108, 1162* o. s. v., liksom den belgiska handelslagen; men redan i den eljes nära stående italienska rätten visa sig afvikelser. Så betecknas aftalet i definitionen i *It. C. civ. art.*

[1] Tillbindandet kan ock ske genom konkludenta handlingar, men icke genom »le seul silence de la personne, à laquelle une offre est faite», se Demolombe, Cours XXIV: n:os 57—59, jfr Carpentier, Codes et lois II: 146 vid art. 1101: »le seul silence de la partie à qui on l'oppose (: le contrat) ne saurait suffice, en général, pour établir contre elles le fait d'une obligation». — Demolombe's undantag äro, det första i n:o 58 intet verkligt undantag, det andra i n:o 59 så till vida otjänligt, som frisägelsen näppeligen är ett aftal, men äfven i så fall torde den af Demolombe gifna undantagsregeln icke vara riktig.

1098[1] såsom kontrahenternas samförstånd eller samstämmiga vilja i en viss riktning,[2] l'accordo, och i *art. 1104* upptages bland de väsentliga fordringarna på ett aftal icke den förpligtades samtycke, utan kontrahenternas giltiga samtycke, il consenso valido dei contraenti, hvarmed sålunda närmast tänkes på rättsärendets tillkomst, ej såsom i den franska lagen på rättsförhållandets. Däremot har *Fr. C. civ. art. 1162* sin fullständiga motsvarighet i *It. C. civ. art. 1137*, liksom indelningen af aftalen i *Fr. C. civ. art. 1102 ff.* motsvaras af en liknande i *It. C. civ. art. 1099 ff.*

Den spanska rätten åter särskiljer obligationen och aftalet på ett vida bestämdare sätt än den fransk-italienska, såsom visar sig redan i den yttre uppställningen, i det att i *Sp. C. civ. art. 1088 ff.* eller fjärde bokens första titel särskildt afhandlas obligationerna och i den andra eller *art. 1254 ff.* särskildt aftalen. Aftalet anges i *art. 1254* såsom bestående i parternas samtyckande till en viss prästationsbundenhet[3], och karakteriseras i *art. 1258* såsom rena konsensualaftal, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, hvarjämte i *art. 1261* bland de väsentliga fordringarne på ett aftal upptages samförstånd mellan båda kontrahenterna, consentimiento de los contratantes.[4]

[1] *It. C. civ. art. 1098;* »Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico.»

[2] Härvid bör märkas, att *It. C. di Com. art. 36,* ehuru den principielt erkänner denna regel i vidaste utsträckning för aftal i materiel mening, dock för s. k. unilaterala kontrakt rörande handelsaffärer medger det undantag, att aflåtaren är bunden, så snart löftet kommit till den andres kännedom, hvaremot tydligen för förvärf äfven då fordras tillegnelse.

[3] *Sp. C. civ. art. 1254:* »El contrato existe desde que una ó varias personas consienten en obligarse, respecto de otra ú otras, á dar alguna cosa ó prestar algún servicio».

[4] Jfr ock den, principerna för revisionen af den under 24 Juli 1889 promulgerade Código civil på förhand fastställande, Ley de bases af 11 maj 1888, art. 8 base 20: »Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio ó de cualquier otro derecho á él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, ó el otorgamiento de escritura á los efectos expresados en la base precedente. Igualmente se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto á la capacidad como en cuanto á la libertad de los que lo presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma é interpretación, y sobre los motivos qua las anulan y rescinden.»

Denna consensus uttryckes, enligt *art. 1262*, genom sammanträffandet af anbud och antagande med afseende å den sak och den causa, som med aftalet afses, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, hvadan consensus dock torde hafva betydelsen såväl af bådas samförstånd om som af den bundnes samtycke till bindandet genom medkontrahenten.[1]

Till sin formulering tämligen likartad, men i afseende på sitt innehåll i viss mån afvikande är den portugisiska rätten, i hvars definition å aftal, *Port. C. civ. art. 641*, betonas dels liksom i den italienska aftalets egenskap af samförstånd, dels dess egenskap af medel för en viss rättsverkan, som genom en privat dispositionsakt af två eller flere personer framkallas. Äfven indelningen af kontrakten enligt *art. 642* afviker i viss mån från den franska, ehuru det formella aftalsbegreppet bibehållits. I *artt. 643 och 647* förklaras, att aftalet måste vara slutet med parternas klart uttryckta mutuo consenso, hvarjämte *art. 648* ger vid handen, att detta uttryckande kan ske såväl genom konkludenta handlingar som genom muntligt eller skriftligt yttrande[2]; någon bestämd uppfattning om den egentliga beskaffenheten af consensus framgår dock ej af lagens ord, utan torde man få anse consensus betyda såväl samförstånd som samtycke till obligationsförhållandet. Lagen innehåller dessutom, liksom den spanska, men relativt utförligare bestämmelser om aftal mellan frånvarande.[3]

---

[1] Den *Sp. C. de Com. art. 50* hänvisar, hvad handelsaftal angår, i princip till civilrättens föreskrifter, och hvarken denna eller annan artikel i handelslagen anger, att någon afvikelse skulle ega rum i afseende på särskilda slag af handelsaftal beträffande själfva aftalsbegreppet och dess karakter af flersidigt rättsärende.

[2] *Port. C. civ. 641:* »Contracto é ò accordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, on se sujeitam a alguna obrigação»; art. 647: »O consentimento dos estipulantes deve ser claramente manifestado»; art. 648: »A manifestação do consentimento póde ser feita de palavra, por escripto, ou por factos donde elle necessariamente se deduza».

[3] Den portugisiska handelsrätten innehåller endast några få särskilda stadganden rörande handelsaftal artt. 96—103, men inga, som modifiera civillagens principer och hänvisar för öfrigt så fullständigt till civilrätten, att den ej ens erkänner afvikande handelsbruk såsom rättsliga; se *Port. C. de com. art. 3*, hvarur enligt folkrepresentationens beslut ströks den punkt, som i förslagets motsvarande artikel äfven hänvisat till handelsbruk. jfr Lehr, Code de com. portugais, s. 6 Note 1.

Samtliga dessa lagstiftningar beteckna aftalet vare sig direkt såsom ett särskildt slag af öfverenskommelser eller i allt fall såsom öfverenskommelse. Detsamma gör visserligen ock den nederländska Burgerlijk Wetboek, som liksom den spanska Código civil först behandlar obligationer i allmänhet och sedan redogör för aftalen, men den anger i *art. 1349* aftalet icke såsom en art af öfverenskommelser utan såsom öfverenskommelsen par préférence och betecknar denna såsom en handling eller akt, hvarigenom en eller flera personer binda sig i förhållande till andra.[1] Det formella aftalsbegreppet är således äfven här herskande, men dess karakter af handling och icke blott af samförstånd framgår genom formuleringen med större tydlighet än i andra romanistiska lagstiftningar. Den för aftalet nödiga consensus har enligt *art. 1356* i sak ehuru ej i form samma karakter som enligt den franska lagen, i det att bland fordringarna å ett giltigt aftal upptagits consensus väl ej såsom i *Fr. C. civ. art. 1108* af den part, som bindes, utan af båda parterna, men å andra sidan ej såsom enligt öfriga romanska lagstiftningar af parterna i deras egenskap af kontrahenter, utan af parter, som bindas, hvarigenom skiljaktigheten från den franska lagen blott blir formell.[2] Äfven i öfrigt synes den nederländska rätten vara öfverensstämmande med den franska.[3]

På romerskrättslig grund hvilar äfven det engelska aftalsbegreppet; i hufvudsak torde det samma vara riktigt angifvet, om än i något modifierade uttryck, i den angloindiska lagstiftningen[4]: *Ind. C. A. sec. 2. h.:* An agreement enforceable by law is a contract.

[1] *Ned. B. W. B. art. 1349:* »Eene overeenkomst is eene handeling waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden».

[2] Detta förhållande framträder skarpt redan genom det ord, den term, som lagen använder i stället för det franska consentement och det romerska consensus, nämligen toestemming; *Ned. B. W. B. art. 1356* lyder: »Tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten worden vier voorwarden vereischt: 1:o. De toestemming van dengenen die zich verbinden; 2:o. De bekwaamheid om eene verbindtenis aan te gaan; 3:o. Een bepaald onderwerp; 4:o. Een geoorloofde oorzaak».

[3] Den nederländska handelsrätten innehåller, lika litet som den franska, några afvikande bestämmelser, om än däri, liksom i andra handelslagböcker, särskilda rättsinstitut ordnats på ett sätt, som måhända gör dem till utfästelser, se t. ex. den nederländska handelslagen art. 208 ff., ehuru visserligen det i dessa fall näppeligen är utfästelsen allena, utan snarare dess form och urkundens aflåtelse, som utgör det rättsbildande faktum.

[4] Se Robertson i *Encycl. Britt.* art. Contract, Pollock Contracts s. 8.

> *Ind. C. A. sec. 10:* All agreements are contracts if they are made by the free consent of parties competent to contract, for a lawful consideration and with a lawful object, and are not hereby expressly declared to be void.

Definitionen lyder väl stundom något annorlunda i litteraturen, men grunddragen äro de samma; så förklarar Blackstone, till hvilken Kent, rörande amerikansk rätt, och i allmänhet äfven andra om än i olika ordalag anslutit sig,[1] att aftalet eller kontraktet är »an agreement upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing». Med agreement åter förstås »the expression, by two or more persons, of an intention to affect the legal relations of these persons»; ett agreement är både något mer och något mindre än ett contract: mer, så till vida som det »includes acts in the law of two kinds, besides those ordinarily termed contracts», nämligen conveyances och gifts; mindre, så till vida, som ett blott agreement icke i och för sig, utan endast upon sufficient consideration och såsom executory, kan skapa en obligation.[2] Förhållandet mellan agreement och contract torde ock kunna i mycket, om än icke i allo, jämföras med det mellan pactum och contractus i romersk rätt,[3] men agreement betecknar mera afgjordt än pactum blott samförståndet mellan parterna,[4] såsom ock framgår af

> *Ind. C. A. sec. 13:* Two or more persons are said to consent when they agree upon the same thing in the same sense.

Till följd af considerations-institutet framstår för öfrigt det anglikanska aftalet såsom principielt ömsesidigt eller såsom ett sammansatt afslutelseärende ehuru icke nödvändigtvis en ömsesidig tillsägelse,[5] och man torde därför vara berättigad att anse den

---

[1] Blackstone-Kerr, Commentaries II: 452, Kent, Americ. Law II: 560; jfr Leake, Digest s. 9, Anson, Principles s. 9.

[2] Se *Encycl. of Engl. Laws*, art. Agreement; jfr Anson, Principles s. 2 ff.

[3] Jfr Hartmann i *Ar. f. civ. Pr.* LXXVII: 182 ff., 213 ff., 234 ff., Blackstone-Kerr Commentaries II: 455; Kent, Americ. Law II: 583.

[4] Jfr Anson, Principles s. 2 ff.; Pollock, Contracts s. 3 ff., som betonar, att the consent är det första och väsentligaste elementet i ett agreement; men att ock andra element måste komma till för att skapa »an agreement of which the law can take notice».

[5] Jfr Blackstone-Kerr, Commentaries II: 452, där aftalet karakteriseras såsom »a mutual bargain or convention».

anglikanska rätten hafva upptagit det materiella, icke såsom de europeiskt-kontinentala det formella, aftalsbegreppet. Närmast gäller väl detta blott om s. k. simple contracts, men äfven vid contracts under seal eller covenants in deeds förutsättes ett agreement liksom en tillräcklig consideration, och äfven dessa contracts erhålla därför, så vidt de äro verkliga normerande öfverenskommelser, ömsesidighetskarakter, men sakna, så vidt de endast betraktas såsom formalakter för utfästelse t. ex. såsom bonds, betydelse för aftalsbegreppets bestämmande.[1]

Det anglikanska aftalsbegreppet liknar äfven till synes däri det romerska, att dess innebörd är ett tillbindande af aflåtaren genom förvärfvaren. Särskildt i äldre tider framträdde skade- och ansvarssynpunkten såsom afgörande,[2] hvarvid det uppenbart var den omständighet, att en person till följd af en annans dispositionshandling kunde komma i tillfälle att mot denne förvärfva en rätt och binda denne till en viss prästation, som togs i betraktande. Och äfven numera, sedan uppfattningen i detta stycke ändrat sig, om än icke alldeles försvunnit, kvarstår dock fortfarande i fordringen på consideration ett tydligt tecken därtill, att anspråket på samhälleligt erkännande af en tillsägelsehandling, och alltså rätten till prästation i enlighet med tillsägelsen, beror af en föregående egen tillegnelse af den samma på ett sätt, som från socialsynpunkt är

---

[1] Aftalen indelas i simple contracts, contracts under seal och contracts of record, de förstnämda åter i simple contracts by agreement och contracts implied in law, men dessa senare äro icke agreements samt falla därför utom aftalsläran (contracts är här snarast = obligations, jfr Anson, Principles s. 374) och contracts of record åter äro ofullständiga rättsärenden, som kräfva myndigheters medverkan, men falla, så vidt de äro agreements, under de för simple contracts gällande regler; se härom Leake, Digest, s. 1 ff., 9, 54, 70, 97, 104, 112, 132. — Från deeds böra väl skiljas contracts in writing; deeds äro visserligen, när de innehålla covenants (= öfverenskommelser rörande ett visst rättsförhållande mellan parterna), alltid contracts in writing, men dessa senare äro icke alltid deeds, utan kunna ock vara not under seal eller simple contracts, se Leake, Digest s. 145, Kent, Americ. Law II: 561. — Anson, Principles s. 54, uppställer följande schema öfver den engelska rättens contracts: »A. Formal *i. e.* dependent for their validity upon their Form: 1. Contracts of Record, 2. Contracts under Seal; — B. Simple *i. e.* dependent for their validity upon the presence of Consideration: 3. Contracts required by law to be in some form other than under seal, 4. Contracts for which no form is required.» Om bonds se Leake, Digest s. 121, Anson, Principles s. 61.

[2] Se Munch-Petersen, Løftet s. 264 ff.

effektivt, det vill enligt anglikansk rätt säga, att motaflåtelse af något slag eger rum och till ett värde, som gör att denna aflåtelse åtminstone *kan* uppfattas såsom ekvivalent i förmögenhetsafseende, ehuru ej nödvändigtvis såsom full ekvivalent.[1] Hvarken den enkla tillsägelsehandlingen allena eller det yttre antagandet däraf och tillbindandet till prästation enligt tillsägelsens innehåll, utan först dessa båda akter jämte en motaflåtelse, executed eller executory, eller något däremot svarande, är det som ger pålägget och tillsägelsen genom privatdisposition exigibilitet, och följdriktigt lägges därför hufvudvigten icke vid de talade eller skrifna orden, utan fastmera vid handlingarna och totalsammanhanget, eller liksom i den romerska rätten mindre vid id quod dictum än vid id quod actum est; liksom ock tillbindandets rättshandling lika väl sker genom performance of the conditions of a proposal, *Ind. C. A. sec. 8*, som in words eller otherwise than in words, *Ind. C. A. sec. 9*.[2] Härvid är det ock å andra sidan mindre de in concreto handlande parternas subjektiva tankar och viljor, som komma i betraktande, än deras ömsesidiga privatdispositiva handlingar sådana dessa af rättsordningen uppfattas, d. v. s. sådana som de enligt tidens allmänna rättsmedvetande måste af a reasonable man under för handen varande förhållanden fattas och förstås.[3] Viljeförklaringen såsom privatdispositiv akt, stödd af ett den samma enligt det sociala rättsmedvetandet otvetydigt objektiverande och motiverande annat rättsfaktum — däri ligger enligt anglikansk rätt grunden till aftalets rättsverkningar.

Bland lagstiftningar åter, hvilka icke innehålla någon legaldefinition å aftal, befinna sig såväl den österrikiska, som den schweiziska och den tyska. En deskriptiv framställning af aftalets tillkomst finnes dock i

> *Öst. A. B. G. § 861:* Wer sich erkläret, dass er jemanden sein Recht übertragen, das heisst, dass er ihm etwas gestatten, etwas geben, dass er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein

[1] Pollock, Contracts s. 171 ff., Leake, Digest s. 533 ff., 985. Anson, Principles s. 82.

[2] Härmed sammanhänger indelningen af simple contracts i express and implied contracts (de sistnämda icke att förblanda med contracts implied in law); jfr Pollock, Contracts s. 10 ff.; Leake, Digest s. 9, 10.

[3] Jfr Hartmann i *Ar. f. civ. Pr.* LXXVII: 200—213; Pollock, Contracts s. 5; Leake, Digest s. 2. Anson, Principles s. 9 Note 1.

> Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen giltig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Theile ein Vertrag zu Stande. So lange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.

Här är det tydligtvis åter det formella aftalsbegreppet, icke det materiella, som gjort sig gällande; nimmt der Andere giltig an, heter det blott — om någon motaflåtelse därjämte är alls icke tal, endast om übereinstimmenden Willen beider Theile, jfr ock *§ 864*. Uttrycket übereinstimmender Wille torde vara insatt i lagen såsom ersättning för det romerska consensus, hvilket följaktligen här framträder hufvudsakligast i sin betydelse af samförstånd, då väl hufvudvigten ligger vid übereinstimmend, under det att samtycket i sak följer af ordet Wille, men ännu tydligare uttryckes med termen Versprechen. Den romerska regeln, att aftalet egentligen består i ett samtyckt tillegnande af dispositionsmakt öfver en annans handling, och därigenom ett åvägabringande af denne andres bundenhet genom den berättigades handling i det närvarande, återfinnes däremot såsom fullt otvetydig äfven i den österrikiska rätten, då där säges, att aftalet kommt zu Stande, så snart den berättigade nimmt das Versprechen giltig an, d. v. s. tillegnar sig löftet, och än mera då det tillägges, att tidpunkten för tillegnandet är likgiltig, eller att denna handling kan förklaras zum voraus eller nachher — i förra fallet ges löftet och samtycket genom antagandets, i det senare genom anbudets rättshandling, men tillegnelse måste alltid ske. Samtyckesgifvaren framstår dock å andra sidan såsom mera aktivt verksam än t. ex. i den romerska stipulationen, hvilken icke öfverförts till österrikisk rätt. Men i och för sig framkallar das Versprechen icke någon rätt till den däri omhandlade prästationen, utan rätten till denna är bunden vid det samtyckta tillegnandets rättsfaktum. Uttryckligen förklarar äfven den österrikiska rätten, att denna tillegnelse liksom samtycket kan förklaras såväl durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, som ock stillschweigend durch solche Handlungen, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen, *Öst. A. B. G. § 863*. Resultatet af detta stadgande kan åtminstone vara det samma som eller liknande det i den anglikanska rätten antagna, ehuru

faktiskt den tysk-österrikiska rättsvetenskapen torde tolkat det samma på ett mera subjektivt sätt och med hänsyn till parternas rent subjektiva eller »verkliga» vilja, hvarvid ofta fiktionen af vilja måst tillgripas[1], något som däremot enligt anglikansk uppfattning är öfverflödigt, i det man låter lagen själf vid handlingen knyta de rättsföljder, som allmänna rättsmedvetandet fordrar, utan att ens forska efter, huruvida äfven parterna afsett detta.

Den schweiziska Bundesgesetz über das Obligationenrecht af 1881 — någon enhetlig allmän civillag för hela förbundet finnes ännu ej, ehuru numera möjlighet därtill beredts — fordrar, enligt *artt. 1 och 16*, en übereinstimmende, gegenseitige Willensäusserung der Parteien, den där må vara eine ausdrückliche oder stillschweigende, men i allt fall ett uttryck för den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, därest ett aftal skall vara för handen. Att viljeförklaringarne skulle gå ut på ömsesidiga aflåtelser är ingenstädes ens antydt, och man lärer därför böra antaga, att den schweiziska rätten liksom grannländernas afsett att upptaga det formella aftalsbegreppet. Sammanställes emellertid härmed den schweiziska lagens nästan fullständiga tystnad med afseende på frågan om det för aftalets åvägabringande såsom rättsskapande faktum väsentliga momentet, och vissa dess stadganden rörande ensidiga aftal, så lärer man nödgas stanna vid den uppfattning, att det icke förhåller sig så helt med lagens principiella fordran på Vertrag såsom privatdispositiv grund för obligationen, så framt Vertrag tages i betydelsen af aftal i blott formel mening. Visserligen torde Jul. Lassen hafva gått väl långt, då han förklarar innebörden af den schweiziska rättens stadganden vara den, att i själfva verket tillsägelsen eller löftet allena vore det principielt förpligtande[2], ty detta står dock i ovilkorlig strid med uttalandena i *artt. 1 och 16* om den übereinstimmenden Willen der Parteien. Men å andra sidan kan icke förnekas, att om — med bortseende från de ömsesidiga aflåtelserna, hvarpå *artt. 1 och 16* äro fullt tillämpliga — redan ett stillatigande[3] från anbudstagarens sida är tillräckligt att göra en ensidig aflåtelse till aftal i lagens mening, aftalet *i detta fall* svårligen blir annat än ett tomt ord, och grunden till

[1] Jfr Hasenöhrl, Oblig. Recht I: 677.

[2] Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 248.

[3] Om aftals ingående genom »stillschweigende Willenserklärungen» enligt schweizisk rätt se Maag, Vertragsschluss s. 46 ff., 85 ff.

bundenheten i verkligheten en utfästelse, icke ett aftal. Att detta ock är händelsen, framgår af

> *Schw. B. O. R. art. 5: 3:* Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt worden ist.
>
> *Schw. B. O. R. art. 8: 2:* Wenn eine ausdrückliche Annahme nicht erforderlich ist, so beginnen die Wirkungen des Vertrages mit dem Empfange des nicht abgelehnten Antrages.

Är rättsärendet flersidigt och sammansatt, så kan väl sägas, att äfven på ett i ord uttryckt anbud svaret under särskilda omständigheter må kunna gifvas genom konkludenta handlingar t. o. m. af negativ art, jfr *art. 393*, och att sålunda ett verkligt aftal trots tystnaden därvid kommer till stånd[1]. Är åter rättsärendet enkelt, så blir anbudstagarens tystnad hvarken ett antagande eller ett afslående[2], och då »aftalet» i allt fall lagligen skall anses ingånget, betyder detta alltså endast, att anbudet icke är ett aftalsanbud och att icke ens ett samförstånd är nödvändigt för aflåtelsens fullgiltighet och bundenhetens omedelbara definitivitet; däremot präsumerar lagen ett tyst antagande och ett negativt samförstånd för anbudstagarens aktuella förvärf, d. v. s. tillsägelsen är realiter såsom *aflåtelse* giltig i form af ensidigt rättsärende eller utfästelse[1], men för *förvärfvet* präsumeras ett antagande, så snart ett afböjande svar ej i behörig tid afgifvits[3]. Skall nämligen här kunna talas om übereinstimmender, wirklicher Wille der Parteien, så måste aflåtelsen i detta fall vara eller framträda såsom i första och sista hand en aflåtelse och icke såsom ett medel för ett förvärf, och därför lärer utfästelsen icke kunna ens af vetenskapen i allo sättas i aftalets ställe, utan aftalet förblir vid sidan däraf i sin materiella begreppsbetydelse ett vigtigt, positivt rättsbildande faktum äfven enligt schweizisk rätt.

---

[1] Därför synes mig icke kunna bestridas, att i det andra af Schneider, Obligationenrecht I: 50, Anm. 4, anförda exemplet ett verkligt aftal föreligger, helst B:s »tysta» antagande i detta exempel sker ej genom ett blott tigande, utan genom ett handlande, som får positiv karakter genom de omständigheter, hvarunder det eger rum.

[2] Med full rätt framhållet äfven af Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 236.

[3] Det är alltså riktigt att i dylika fall med Maag, Vertragsschluss s. 85 ff. antaga en legal förbindelse för anbudstagaren att svara, om ej att afsända svar

Beträffande slutligen den nytyska rätten, så är redan i det föregående påpekadt, att utfästelsen verkligen spelar en viss roll vid sidan af aftalet, liksom att någon legal-definition å aftal icke finnes. Det torde därför vara tillräckligt att i detta sammanhang erinra därom, att *Ty. B. G. B.* omtalar såväl einseitige som gegenseitige Verträge, de senare, hvad obligationsrätten angår, afhandlade i *§ 320 ff.*, hvadan alltså äfven den tyska rätten upptagit det formella aftalsbegreppet. Att emellertid ej, såsom enligt schweizisk rätt, en utfästelse och ett blott negativt samförstånd är tillräckligt för grundandet af en obligation vid ensidiga aflåtelser, framgår däraf, att ensidiga aflåtelser t. ex. Schenkung enligt *§ 516* fordra ett antagande, som ej består uteslutande i tystnad och icke-handling, i det att tystnaden kan genom anbudsgifvarens rätt att bestämma en präklusiv frist, efter hvars utgång utan ingånget afböjande tystnaden betraktas såsom antagande, erhålla en positiv karakter. Ett uttryckligt allmänt stadgande angående »tyst antagande» saknas visserligen, men *§ 151* kan dock anses innehålla ett uttalande, att i vissa fall en »stillschweigende Annahmeerklärung» är tillåten, enär tystnaden på grund af omständigheterna betraktas såsom svar genom konkludenta handlingar, låt vara af negativ art[1]. Anbudets utslocknande utan antagande framhålles ock i samma *§ 151.* För öfrigt framgår af

> *Ty. B. G. B. § 152:* Wird ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet, ohne dass beide Theile gleichzeitig anwesend sind, so kommt der Vertrag mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme zu stande, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist. Die Vorschrift des § 151 Satz 2 findet Anwendung;

att det principiellt är antagandets rättshandling som aktualiserar aftalets rättsbildande egenskap och därmed, att det är förvärfvaren, som tillbinder medkontrahenten till prästation, ej denne, som binder sig själf genom utfästelse. Den omständigheten slutligen, att bestämmelserna i 1861 års tyska handelslagbok i detta stycke till hufvudsakliga delar öfvergått i den nya allmänna civillagen[2], och däremot uteslutits ur den nya handelslagboken af 10 maj 1897, får icke tydas så, som skulle härigenom den likhet, som möjligen radde mellan 1861 års tyska handelslag och 1881 års schweiziska obliga-

[1] Jfr motiven hos Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 172.

[2] Jfr Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 171, 172.

tionslag[1], äfven nödvändigtvis föreligga mellan den senare och den nyaste tyska landslagstiftningen — trots dennas allt annat än lyckliga »Kommerzialisirung»[2].

17.

Står det fast, att aftalet, åtminstone i dess materiella begreppsbetydelse, är det rättsfaktum, hvarvid den gällande utländska lagstiftningen i allmänhet knutit den genom privatdispositionen åsyftade obligationen såsom rättsföljd, så är det redan apriori omöjligt, att den samma skulle kunnat samtidigt knytas vid anbudet till ett aftal såsom rättsfaktum, hvaremot det ingalunda är otänkbart, att lagstiftningen därjämte tillagt anbudet vissa rättsverkningar alldeles oafsedt, huruvida äfven dessa varit af anbudsgifvaren åsyftade. Härvid måste strängt fasthållas, hvad i den tyska rättsvetenskapen gemenligen ock plägar ske, nämligen att anbudet i juridisk mening egentligen icke innebär en materiel utfästelse eller ett anbud om prästation, utan blott är ett aftalsanbud, ett anbud om ingående af ett aftal af visst innehåll och därigenom om blifvande bundenhet till viss prästation. Och än mer, anbudet är i själfva verket vid ett ömsesidigt aftal mindre ett anbud i betydelsen af erbjudande af en aflåtelse än ett anbud i betydelsen af anhållan om medgifvande till en tillegnelse af en den andres aflåtelse mot ersättning af egen motaflåtelse. Att så förhåller sig, framgår äfven af en närmare undersökning af de gällande lagstiftningarnas bestämmelser rörande anbud och antagande mellan frånvarande, där eljes särskilda sådana öfver hufvud förekomma.

Den romanska rätten är i detta afseende ytterst knapphändig. Sålunda torde den franska, liksom den belgiska och italienska,

---

[1] Hvad som ofvan anmärkts emot Jul. Lassen's i *T. f. R.* I: 246 ff. gifna tolkning af den schweiziska rätten gäller i än högre grad om hans parallelt därmed gifna tolkning af 1861 års tyska handelslag; påpekas bör dock äfven, att de i nämda handelslagbok nedlagda grundsatserna, så länge de endast tillhörde handelslagstiftningen, icke egde allmängiltighet i fråga om aftalsläran, utan måste inskränkas att gälla handelsaftal eller måhända, om så skulle visa sig riktigare, handelsofferter. — Om förhållandet mellan tyska civillagboken och nya handelslagboken i afseende å anbud och antagande såsom aftalets hufvudmoment se Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (1898) s. 132 ff (särskildt s. 134 ff).

[2] Se Schirrmeister i *Zt. f. H.* N. F. XXXIII: 418 ff.

civillagboken betecknande nog icke ens använda uttrycket anbud, l'offre, l'offerta, annat än i samband med betalning, liksom de blott mycket sällan, utom i fråga om gåfva, där uttrycket snarast betyder mottagande, omnämna antagandet, l'acceptation, l'accettazione, t. ex. *Fr. C. civ. artt. 1690, 1984, 1985;* den nöjer sig med uttrycken le consentement och la promesse, hvilka dock båda hänföras blott till ett redan ingånget aftal. Inom litteraturen åter har uppmärksamhet egnats äfven åt frågan om anbudets och antagandets rättsliga egenskaper. Enighet synes i hufvudsak råda därom, att ett anbud städse kan återtagas, så länge det icke blifvit accepteradt, hvaremot somliga anse att, om anbudsgifvaren utfäst en viss väntetid, inom hvilken det skall stå anbudstagaren fritt att förfoga öfver anbudet, denna utfästelse gäller och att anbudet därför kan under samma tid antagas, med den verkan, att aftalet kommer till stånd, äfven om emot utfästelsen ett återkallande skulle ega rum, under det att andra hålla före, att i denna händelse intet aftal kommer till stånd, men att anbudsgifvaren ådrager sig ersättningsskyldighet för kostnader, som under förutsättning af utfästelsens bestånd gjorts af anbudstagaren, hvilken velat antaga anbudet[1]. Den senare uppfattningen synes dock, huru härmed än må i praxis förhålla sig, vara den från fransk rättsståndpunkt konsekventaste och riktigaste och har i *It. C. di Com. art. 36* erkänts äfven för handelsaftal i materiel begreppsbetydelse. Grunden till ersättningsskyldigheten ifråga kan dock icke ligga i något slags tyst åtagande däraf i och genom utfästelsen, utan helt enkelt i den allmänna grundsatsen, att den som vållar annan skada, handlingen må vara rättsstridig eller ej, blir skadeståndspligtig enligt *Fr. C. civ. artt. 1382, 1383, Bel. C. civ. artt. 1382, 1383, It. C. civ. artt. 1151, 1152* — icke enligt t. ex. *Fr. C. civ artt. 1150, 1151* eller motsvarande ställen i de belgiska och italienska civillagarne. Mot den allmänna regeln: neminem lædit qui suo iure utitur, står den lika giltiga: nemo ex alterius facto prægravari debet[2]. Återkallelsen

[1] Se härom Demolombe, Cours XXIV n:os 63—67 Demolombe försvarar den förra åsigten (emot Larombière), men utgår därvid från förutsättningen af ett *tyst aftal* mellan parterna rörande väntetiden, d. v. s. egentligen ett tyst antagande af anbudet härom, en förutsättning, hvars riktighet emellertid torde vara ytterst tvifvelaktig; jfr dock Zachariæ-Dreyer, Franz. Civilrecht II: 450 § 343 Note 6.

[2] Jfr Dolbeau, Contrats s. 204 ff, som betonat detta och riktigt stöder ersättningsskyldigheten på »*le fait* du proposant» hvilket står i full samklang

torde kunna med laglig verkan göras ända till dess antagandets rättshandling fullbordats — när åter detta skett, är en tvifvel underkastad fråga, som kan afgöras på olika sätt, såsom i det följande skall vidare utföras. Liknande torde gälla i den nederländska rätten, som i allt väsentligt öfverensstämmer med de tre nyssnämda lagstiftningarna, om än formuleringen af de artiklar, hvilka motsvara *Fr. C. civ artt. 1382, 1383,* nämligen *Ned. B. W. B. art. 1401, 1402,* medför, att endast den sistnämda här synes tillämplig, i det att återkallandet trots löfte om väntetid näppeligen kan anses såsom en otillåten handling och sålunda ej heller med den i *art. 1401* valda utgångspunkten (rättstridig handling: onregtmatige daad) anses falla under dennas domvärjo[1].

Däremot innehålla de spanska och portugisiska civillagarna särskilda bestämmelser, liksom de ock upptagit benämningarna anbud och antagande. Den spanska civillagboken af 24 juli 1889 stadgar i

> *Sp. C. civ. art. 1262*[2]*:* El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. — La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó á su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Anbudet liksom antagandet hänföres här uteslutande till det för aftalet såsom rättsärende konstitutiva momentet, consensus, icke till det tilltänkta rättsförhållandet och äro uppenbart betraktade

---

med *Fr. C. civ. artt. 1370, 1382.* Likaså Aubert, Contrat per nuncium s. 134. — Däremot har Valéry, Des Contrats s. 179 sökt förklaringsgrunden i »*l'usage,* qui autorise l'acceptant à obtenir une indemnité en cas de révocation de l'offre». Dessa uttalanden afse för öfrigt ersättningsskyldighet i allmänhet på grund af återkallelse, ej blott på grund af återkallelse trots löfte om väntetid, för hvilket fall flertalet författare synas antaga legal overksamhet hos återkallelsen.

[1] *Ned. B. W. B. art. 1402:* »Een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt heeft».

[2] Texten lyder i fransk öfversättning enligt Lévé, Code civil espagnol, s. 240: »Le consentement se manifeste par le concours de l'offre et de l'acceptation sur la chose et la cause qui doivent former le contrat. — L'acceptation, faite par lettre, n'oblige celui pui a fait l'offre que du moment où il la connait. Le contrat, dans ce cas, est présumé conclu au lieu ou l'offre a été faite».

endast såsom de medel, hvarigenom consensus åvägabringas, så i afseende å objekt som å causa. I full öfverensstämmelse med den romanska rättens hela riktning och skaplynne lägger lagbudet dessutom hufvudvigten vid antagandet, och detta t. o. m. i så hög grad, att anbudet framstår såsom ett blott bihang till det samma. Under sådana förhållanden torde vara klart, att anbudet hvarken i ena eller andra formen får anses medföra någon slags bundenhet för anbudsgifvaren före aftalets åvägabringande. Ifrågasättas kan ock, huruvida ens en skadeståndspligt, i händelse af anbudets återtagande trots utfästelse af viss väntetid, får enligt spansk rätt antagas, helst *Sp. C. civ. art. 1902*, som motsvarar *Fr. C. civ. art. 1383* och i så fall skulle tillämpas, på grund af *Sp. C. civ art. 1093*, hvilken inskränker tilllämpligheten af ansvar, när ingen straffbar rättstridighet föreligger, till särskilda fall, måste tolkas ytterst restriktivt.

Den spanska lagens *artikel 1262* motsvaras i viss mån af *Port. C. civ. art. 649*, ehuru denna senare blott utsäger, att aftalet i regel blir fullbordadt genom antagandet af anbudet; men därjämte ger den portugisiska rätten särskilda, närmare föreskrifter rörande såväl anbudet som antagandet. I afseende å anbudet är framför allt af vigt

> *Port. C. civ. art. 653*[1]*:* O proponente é obrigado a manter a sua proposta, em quanto não receber resposta da outra parte, nos termos declarados no artigo precedente, aliás é responsavel pelas perdas e damnos, que possam resultar da sua retractação.

Härmed är sålunda genom lag fastslaget, att anbudet kan men icke bör återkallas, om väntetid blifvit utlofvad; återkallandet förutsättes kunna ske äfven före utgången af den tid, som eljes lagligen skall betraktas såsom väntetid enligt *artt. 650—652*, men i dessa fall blir anbudsgifvaren eventuelt skadeståndspligtig. Den allmänna grundsatsen om civil ersättningspligt är följaktligen, utan hänsyn till *artt. 2361*, *2362* som egentligen förutsätta en rättskränkning, uttryckligen erkänd såsom tillämplig också i dessa fall; möjligen skulle man därjämte kunna anse äfven reglerna rörande ansvar för bri-

[1] Texten lyder i fransk öfversättning enligt Lepelletier, Code civil portugais s. 133: »Celui qui fait l'offre est tenu de la maintenir tant qu'il n'a pas récu de réponse de l'autre partie dans les délais établis par l'article précédent; s'il la rétire il sera responsable du préjudice qui pourra résulter de sa rétraction».

stande fullgörande af obligationer vara härvid användbara, alldenstund *art. 2393* förklarar, att den ansvarsskyldighet, som framgår af konventionella obligationer, och den som är följden af obligationer af annat slag, båda skola på samma sätt bedömas, och den ansvarighet, hvarom här är fråga, onekligen är en obligatorisk, men icke konventionel utan omedelbart på en blott faktisk handling grundad ansvarighet: i sådan händelse ge *artt. 702 ff.* erforderlig vägledning för bedömandet af ansvarighetens omfång, eljes *art. 2364.* Den bundenhet, som lagen knutit redan vid anbudet, kan emellertid uppenbart icke vara en bundenhet till den i det tilltänkta aftalet bestämda prästationen, ty i så fall skulle naturligen följden af återkallelsen icke blifva blott en ersättningsskyldighet af nu omhandlade slag, utan en skyldighet att i allt fall prästera, ehuru man icke ens af ett sådant stadgande skulle utan vidare kunnat omvändt draga den slutsats, att anbudet allena vore grund för prästationen; nej, anbudet medför endast en legal obligation dels att låta den sålunda frivilligt skapade möjligheten för uppkomsten af aftalet såsom rättsfaktum under en viss tid bestå, dels att ersätta den skada, som genom försummelse eller brytande af nämda förbindelse kan uppkomma. Anbudet är med andra ord klarligen ett erbjudande att genom aftal blifva bunden till en viss prästation, men icke ett omedelbart självbindande till denna, vilkoradt af antagande.

I full öfverensstämmelse med denna uppfattning ger den portugisiska lagen äfven ett uttryckligt afgörande af frågan om inverkan på aftalsslutandet af anbudsgifvarens död — hvarmed man väl torde kunna likställa förlust af förmåga af rättshandlingar — då det stadgas i

> *Port. C. civ. art. 655*[1]*:* Se ao tempo da acceitação tiver fallecido o proponente, sem que o acceitante fosse sabedor da sua morte, serão os herdeiros do proponente obrigados a manter a proposta, nos termos da artigo 653.º, salvo se o contrário resultar da natureza da convenção.

[1] Texten lyder i fransk öfversättning enligt Lepelletier, anf. arb. s. 133: »Si, au moment où l'acceptation est faite, l'auteur de l'offre est décédé sans que la partie qui accepte ait été informée de sa mort les héritiers seront obligés de maintenir l'offre dans les termes de l'article 653, à moins que le contraire ne résulte de la nature du contrat».

Meningen synes vara den, att anbudsgifvarens död principiellt icke inverkar på anbudets bestånd, förrän anbudstagaren därom erhållit kännedom, och att ett eventuelt återkallande af anbudet från arfvingarnes sida före utgången af väntetiden därför för dem medför samma ansvarspligt, som ett dylikt återkallande skulle hafva ådragit i lifstiden anbudsgifvaren. Enligt fransk rättsteori lärer däremot anbudsgifvarens död äfvensom faktiska eller rättsliga förlust af förmåga af rättshandlingar medföra anbudets omedelbara undergång ipso iure[1]. Den portugisiska rätten är dock mera öfverensstämmande med de romanska rättsordningarnes urkälla, den romerska rätten, och torde äfven böra de lege ferenda föredragas. Ännu längre går emellertid såsom i detta sammanhang kan påpekas den nytyska rätten, då däri stadgas

> *Ty. B. G. B. § 153:* Das Zustandekommen des Vertrags wird nicht dadurch gehindert, dass der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.

Men detta sammanhänger med den här antagna grundsatsen om anbudets legala oåterkallelighet.

Redan den österrikiska allmänna civillagen fastslog, *Öst. A. B. G. § 862 in fine*, såsom legal regel, att vor Ablauf des festgesetzten Zeitraumes kann das Versprechen nicht zurückgenommen werden. Med Versprechen kan förstås såväl anbud, som det i anbudet liggande samtycket till materiell bundenhet; ett en gång afgifvet sådant anbud kan icke återtagas under den legala väntetiden, men utslocknar ipso iure med dennas tilländalöpande utan inträffadt antagande. Af det uttryckliga stadgandet i *§ 859*, att aftal och ej utfästelse är grund för en obligation, och i *§ 861*, att ett aftal icke kommer till stånd blott genom en förklaring jemandem sein Recht übertragen zu wollen, följer omedelbart, att anbudets oåterkallelighet icke kan innebära ens en vilkorlig förbindelse till prästation i enlighet med detta Versprechen, och att därför, om dess betydelse skall anses vara en annan än den portugisiska rättens, såsom prima facie bör antagas, då lagbudet här är ovilkorligt, innebörden af detta stadgande måste vara den, att aftalet kan, trots det att återkal-

[1] Demolombe, Cours XXIV n:o 63, 70, 71, jfr Valéry, Des Contrats s. 191 ff., 197 ff., Dolbeau, Contrats s. 215 ff., 394 ff.

lelse i strid med *§ 862* egt rum, komma till stånd och sålunda, där prästation till följd af återkallelsen är omöjlig, frambringa en skadeståndsskyldighet på grund af uteblifven prästation, d. v. s. en pligt att ersätta icke det s. k. negativa, utan det positiva aftalsintresset. Detta är likväl icke, vare sig i form eller i sak, liktydigt med utfästelse såsom verklig obligationsgrund.

Ett alldeles särskildt intresse erbjuder i denna fråga den schweiziska rätten, då denna, såsom förut påpekadt, i viss mån måste anses, trots sin principiella anslutning till aftalsteorien, hafva erkänt äfven utfästelsen. Anbudet äfven till ett aftal rörande ömsesidiga aflåtelser skulle under sådana förhållanden kunna väntas angifvet såsom ett anbud icke till afslutande af ett aftal, utan såsom ett anbud om en viss prästation; icke för thy är anbudet öfver hufvud, enligt *Schw. B. O. R. art. 3*, ett Antrag zum Abschlusse eines Vertrages. Likaså går enligt *Ty. B. G. B. § 145* anbudet ut på die Schliessung eines Vertrages. Äfven här innebär sålunda anbudet visserligen ett samtycke till att bindas, men endast såsom en följd af den däri liggande uppfordran till adressaten-anbudstagaren att äfven själf låta sig bindas och binda eller åtminstone att själf binda. Redan detta anbud förklaras väl i *Schw. B. O. R. artt. 3—7*, liksom i *Ty. B. G. B. §§ 146—149*, vara i sig bindande på så sätt, att anbudsgifvaren icke kan återkalla det samma, så framt ej återkallelsen inträffar före eller samtidigt med själfva anbudet, hvilket i sådan händelse betraktas såsom icke afgifvet, hvaremot å andra sidan anbudet ipso iure utslocknar, därest det ej blifvit inom en viss af anbudsgifvaren eller, där så ej skett, af lagen bestämd tid antaget; bundenheten vid anbudet eller anbudets oåterkallelighet innebär följaktligen, ehuru icke med nödvändighet, att ett faktiskt återkallande blir utan verkan, och att ett antagande i behörig tid under alla omständigheter binder anbudsgifvaren till den med aftalet åsyftade prästationen[1] men icke att redan anbudet i och för sig, om än vilkorligt, binder anbudsgifvaren till den samma, ty härtill fordras ytterligare, att det i *Schw. B. O. R. artt. 5: 3 och 8: 2* förutsedda, men i tysk rätt motsvarighet saknande fall inträffar. Skilnaden är ingalunda så alldeles oväsentlig ens med de stadganden rörande verkan af vilkorsbestämmelser, som den tyska såväl som den schweiziska rätten upptagit, se *Ty. B. G. B. § 158*,

[1] Jfr Schneider, Schweiz. Oblig. I: 48 Anm. 5.

(jfr dock *§ 159*), *Schw. B. O. R. art. 171,* och som äro alldeles motsatta dem, hvilka i *Fr. C. civ. art. 1179, Belg. C. civ. art. 1179, Ned. B. W. B. art. 1297, It. C. civ. art. 1170, Sp. C. civ. art. 1120, Port. C. civ. art. 678,* erhållit till formen vexlande, men i sak likartade uttryck. Gifvetvis uppstår i båda fallen redan genom det framkomna, ej genast tillbakavisade anbudet ett egentligt rättsförhållande ex lege mellan anbudsgifvaren och anbudstagaren. Men detta är i det förra fallet icke det rättsförhållande, till hvars åvägabringande ex contractu anbudet afgifvits och som till sin uppkomst är knutet vid ett annat rättsfaktum, aftalet, hvilket åter beror af en anbudstagarens i kausalnexus till anbudet stående handling, och som just därför med skäl betecknas såsom aftal; i det senare fallet däremot skulle det ex lege uppkomna rättsförhållandet vara alldeles det samma som det med anbudet åsyftade, men tills vidare vilkoradt af anbudstagarens accept. Verkar vilkorets uppfyllande retroaktivt, så innebär detta följaktligen i senare fallet, att rättsförhållandet ex contractu räknas såsom uppkommet redan i och med anbudets framkomst, till följd hvaraf anbudsgifvaren har att från den tiden i stället för från tiden för aftalets slutande t. ex. erlägga ränta på en skuld, svara för ett säkrare förvaringssätt af en deposition o. s. v.[1]. Verkar uppfyllandet åter icke retroaktivt, uteblir visserligen denna följd, men en bestämd skilnad torde ändock kunna påvisas ifråga om rättsverkningarna. I ena fallet föreligger nämligen en ovilkorlig och omedelbar legal förbindelse till ett non facere, att icke återkalla, i det andra en vilkorlig förbindelse till anbudets dare, facere, præstare. I det ena medför enligt *Schw. B. O. R. art. 112* das blosse Zuwiderhandeln (: nämligen med afseende på förbindelsen att icke återkalla) en skadeståndspligt eller, om anbudstagaren såsom borgenär i detta skuldförhållande så önskar, ett återupphäfvande af det rättsstridiga tillståndet på gäldenärens bekostnad, och följaktligen en valrätt för anbudstagaren mellan aftalets slutande, där detta fortfarande kan ske, och skadestånd; i det andra däremot är anbudsgifvaren såsom vilkorlig gäldenär i det med anbudet åsyftade skuldförhållandet enligt *Schw. B. O. R. art. 172,* jfr *Ty. B. G. B. § 160,* skyldig att nichts vornehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit (: nämligen till prästation enligt anbudet) hindern könnte: i båda fallen föreligger alltså en

[1] Jfr exemplen hos Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 270, 271.

legal non-facere-obligation, men af olika innebörd. Tänkes nämligen ett anbud, t. ex. att sälja hästen Brunte för 500 kronor, skapa en vilkorlig förbindelse att prästera Brunte mot 500 kronor, så är anbudsgifvaren, för den händelse att vilkoret (: antagandet) uppfylles, såsom Schneider riktigt framhåller[1], »dafür verantwortlich, dass er schon vorher die vertragsmässige Sorgfalt angewendet hat zur einstigen, eventuellen Erfüllung seiner Verbindlichkeit», d. v. s. ansvarig enligt *art. 113*, jfr *Ty. B. G. B. § 276*, äfven für jede Fahrlässigkeit med afseende å den eventuella prästationen af Brunte; följden af en anbudsgifvarens handling, hvarigenom vilkorets uppfyllande (: antagandet) wider Treu und Glauben verhindert worden ist, måste följaktligen enligt *art. 176*, jfr *Ty. B. G. B. § 162*, göra antagandet öfverflödigt, och äfven om anbudstagaren icke ens ett ögonblick tänkt på att acceptera, likväl göra prästationspligten definitiv, h. e. bringa aftalet till stånd, och alltså göra äfven anbudstagaren bunden — ett resultat, som icke gerna är möjligt att godkänna. Tänkes däremot anbudet tvärtom blott framkalla en ovilkorlig bundenhet till passivitet eller icke-återkallelse, så inträder icke förbindelsen till »vertragsmässiger Sorgfalt» med afseende på prästationen af Brunte mot 500 kronor förrän med aftalet och dessförinnan icke ens såsom eventuel; och äfven om motsatsen vore tänkbar, skulle dock i så fall ett rättsförhållande föreligga, hvari gäldenären till ifrågavarande nonfacere prästation (: icke-återkallelsen) tydligen icke har någon som helst fördel, hvadan hans »Haftpflicht» åtminstone enligt *Schw. B. O. R. art. 113*, andra punkten, måste milder beurteilt werden än eljes. Den ansvarspligt, som här åligger anbudsgifvaren, går ut på att förebygga hvarje Zuwiderhandeln, hvarigenom hans tillbindande genom anbudstagaren kan förhindras, jfr *Schw. B. O. R. art. 112* och *Ty. B. G. B. § 242*, men detta innebär icke, att han är skyldig till användande af någon som helst omsorg för ett eventuelt prästerande af hästen Brunte: har detta blifvit utan hans direkta åtgörande omöjliggjordt, så kan aftalet, om och när det kommer till stånd, enligt *Schw. B. O. R. art. 145*, jfr *Ty. B. G. B. § 306*, icke framkalla någon fordringsrätt, helst anbudsgifvaren icke är före aftalet gäldenär i det därpå grundade skuldförhållandet och alltså *Schw. B. O. R. art. 110* eller *Ty. B. G. B. § 280* icke tillämpliga.

[1] Schneider, Schweiz. Oblig. I: 309, vid art. 172 Anm. 2; jfr Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 190 vid § 160.

Klart är för öfrigt, att om skadestånd skall erläggas, detta kan blifva olika, alltefter som den ena eller andra uppfattningen af anbudets rättsliga karakter göres gällande. I ena fallet, om anbudsgifvaren anses vilkorligt prästationsskyldig, och prästationen omöjliggöres på ett sätt, som för honom medför ersättningsskyldighet, måste tydligtvis denna ersättning mätas efter värdet af den uteblifna prästationen (: hästen Bruntes öfverlåtande), men i det andra, om anbudsgifvaren anses ovilkorligt bunden till icke-återkallelse, efter värdet af den här omintetgjorda prästationen (: icke-förhindrandet af ett tillbindande genom anbudstagaren) efter dennas värde. Men värdet af den förra torde, då en, låt vara vilkorlig, förbindelse att prästera Brunte verkligen föreligger, böra anses lika med det s. k. positiva kontraktsintresset, hvaremot värdet af den senare näppeligen kan sägas vara mer än det s. k. negativa kontraktsintresset. Detta resultat bekräftas ock däraf, att skadeståndet, enligt *Schw. B. O. R. artt. 112, 116, Ty. B. G. B. § 249 ff*, måste beräknas i förhållande till det tillstånd, som skulle hafva rådt, därest ej det till ersättning förbindande rättsfaktum inträdt, och detta tillstånd är icke det samma i båda fallen.

Att bundenheten vid anbudet verkligen afser endast och allenast anbudets oåterkallelighet, ej bundenhet till prästation enligt anbudet, framgår ock däraf, att bundenhet kan på förhand af anbudsgifvaren afböjas, *Schw. B. O. R. art. 6, Ty. B. G. B. § 145.* Vore detta afböjande liktydigt med en förklaring af anbudsgifvaren att icke vilja låta sig bindas, och icke med ett blott förbehåll att kunna återkalla, så skulle anbudet nödvändigtvis upphöra att vara anbud och ett antagande däraf alltså blifva det verkliga anbudet, men följaktligen behöfva af den förste anbudsgifvaren eller rättare aflåtaren af det förbindelsefria anbudet särskildt antagas — nagot som knappast kan vara meningen. Och i själfva verket — hvad betyder oåterkallelighet annat, än att lagen drager ett streck öfver dispositionsrätten och förklarar, att om genom privatdisposition möjlighet beredts annan att binda den, som företog dispositionen utan att förbehålla sig återkallelserätt, denna möjlighet skall en viss tid bestå och sedan utslockna och all vidare disposition däröfver intill dess vara aflåtaren betagen? Detta rent negativa lagbud kan visserligen sägas skapa en laglig förvärfsmöjlighet för anbudstagaren, men icke en vilkorlig positiv prästationspligt för anbudsgifvaren, helst vilkoret här icke skulle blifva privatdispositivt, utan legalt, och alltså icke ett vilkor i vanlig mening utan en god-

tycklig omskrifning för satsen, att bundenhet inträder först med aftalets rättsfaktum: det enda vilkor, som enligt det allmänna föreställningssättet så att säga följer med ett anbud utan att uttalas, torde vara vilkoret si voluero, men detta kan naturligen af lagen förhindras och blir så faktiskt genom oåterkallelighetsbudet, ehuru dess existens på samma gång präsumeras och rent af göres ipso iure verksamt, så snart oåterkallelighetstiden gått tillända. Sker trots förbudet en återkallelse utan att därigenom prästation enligt anbudet omöjliggöres, så blir återkallelsen faktiskt utan verkan, och ett antagande kan lika fullt bringa aftalet till stånd, hvarefter ett sedermera inträffadt omöjliggörande af prästationen medför den af icke-uppfyllelse följande skadeståndspligten enligt *Schw. B. O. R. art. 110, Ty. B. G. B. § 280 ff.*

Lagbudet om oåterkallelighet synes för öfrigt de lege ferenda vara föga lyckligt och ännu mindre nödvändigt. Grunden för dess införande i det senaste lagstiftningsverket, den tyska civillagboken, är emellertid den[1], att man ansett återkallelserätten icke vara rätt förenlig med samfärdselns behof i våra dagar och med den omsättningshastighet, som utmärker särskildt det stora affärslifvet, grosshandeln och storindustrien. Och detta kan visserligen vara sant; men däremot har påståendet näppeligen fog för sig såsom allmängiltigt beträffande privatsamfärdseln utan yrkeskarakter, eller ens för den mindre yrkesrörelsens förhållanden. Gränsen kan väl vara svår att draga mellan dessa olika samfärdselområden, men detta utgör naturligen intet skäl för uraktlåtande af en i sig önskvärd och ej omöjlig sak. Medger lagen för öfrigt undantag genom privatdisposition, så är klart, att den antagna regeln icke heller kan vara i sig nödvändig eller såsom allmän befogad, då därigenom de olägenheter i alla fall uppstå, som den afsett att förebygga. Någon obenägenhet mot att inlåta sig på anbud under den äldre regeln har näppeligen kunnat konstateras, och om man säger, att anbudstagaren, därest under den nya regeln förbehåll göres, kan inrätta sig därefter, så gäller detta i fullkomligt lika grad, om förbehållet ej berott af uttrycklig privatdisposition. Öfver hufvud torde ett reglementerande här vara olämpligt: samfärdseln kräfver frihet, och det egna intresset ger den tillräckliga och nödiga garantien, i det att inom affärslifvet ingen anbudsgifvare frånträder sitt anbud utan giltiga skäl — t. ex. på grund af så ändrade konjunkturer, att anbudstagaren skulle göra oskälig vinst, om anbudet

[1] Se Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 171, 173, 174.

kvarstode — enär han eljes uppenbart riskerar sin kredit, men ingalunda alltid kan vid anbudet förutse behofvet af ett förbehåll och därjämte, *om* lagen stadgat såsom regel oåterkallelighet, endast ogerna torde inlåta sig på ett förbehåll, som i sådant fall i själfva verket för anbudstagaren praktiskt, om än icke teoretiskt, måste verka såsom förvandlande anbudet till en preliminär förfrågan och därigenom i stället för att underlätta fördröja affärens afslutande: *lagstadgandet* om oåterkallelighet bör därför anses såsom ett misslyckadt utslag af den moderna doktrinella reglementeringslustan i detalj, men icke såsom en välpröfvad lämplighetsåtgärd.

Ej heller har denna grundsats lyckats tränga igenom i ett så praktiskt om än på samma gång i fråga om rätten konservativt land som England. Sålunda stadgas uttryckligen i den moderna anglo-indiska lagstiftningen, att anbudet är återkalleligt:

> *Ind. C. A. sec. 5:* A proposal may be revoked at any time before the communication of its acceptance is complete as against the proposer, but not afterwards[1].

Anbudet själft är fullbordadt, is complete, when it comes to the knowledge of the person to whom it is made, *Ind. C. A. sec. 4: 1,* men afgörande för återkallelsemöjlighetens upphörande är först det ögonblick, då antagandet blifvit i förhållande till anbudsgifvaren fullbordadt, således det, då anbudstagaren afhändt sig dispositionen öfver sitt svar. Ett meddelande om anbudets återtagande kan med andra ord när som helst afsändas med rättslig verkan för mottagaren, så framt det blott framkommer till denne, innan detta disponerande egt rum; afsändandet allena är icke tillräckligt, *Ind. C. A. sec. 4: 3, 6: 1.* Återkallelsen behöfver dock ej ske genom direkt meddelande, utan följer ock af t. ex. utsatt väntetids utgång utan att antagande egt rum, eller af bestämdt vilkors uraktlåtande, *Ind. C. A. sec. 6: 2, 3* samt torde dessutom åtminstone efter engelsk rätt kunna försiggå genom konkludenta handlingar, hvaraf anbudstagaren såsom a reasonable man måste sluta till återkallelsen[2]; enligt anglo-indisk rätt anses ock

[1] Jfr härtill fogade Illustrations, se Stokes, Codes I: 549: »*A* proposes, by a letter sent by post, to sell his house to *B*. — *B* accepts the proposal by a letter sent by post. — *A* may revoke his proposal at any time before or at the moment when *B* posts his letter of acceptance, but not afterwards. — *B* may revoke his acceptance at any time before or at the moment when the letter communicating it reaches *A*, but not afterwards».

[2] Jfr Pollock, Contracts s. 27—29, annorlunda Anson, Principles s. 38.

anbudet återkalladt till följd af death or insanity of the proposer, därest the fact of his death or insanity comes to the knowledge af the acceptor before acceptance, *Ind. C. A. sec. 6: 4.* Enligt engelsk common law åter gäller detta icke om insanity, men väl om death, och i detta fall antagligen oafsedt huruvida anbudstagaren därom före antagandet erhållit kännedom eller ej[1].

Beträffande den rent engelska rätten i öfrigt, så är äfven här den allmänna regeln den, att anbudet kan återtagas genom notifikation när som helst före antagandet, äfven om anbudstagaren utsatt viss tid, inom hvilken svar skall kunna ingå. En dylik »specification, even if expressed as a promise to keep the offer open, is only a warning to the acceptor and does not restrain the proposer», ehuru i detta fall anbudstagaren har anspråk på »actual notice af revocation before he has completed any act af acceptance»: endast om ett särskildt aftal upon sufficient consideration särskildt härför blifvit slutet angående anbudets oåterkallelighet under viss tid, måste denna af anbudsgifvaren iakttagas[2].

18.

Om äfven ett legaliter oåterkalleligt anbud, såsom i det föregående är uppvisadt, enligt samtliga på aftalsteorien bygda lagstiftningar, utom i visst fall den schweiziska, för sitt förverkligande fordrar antagande, så är självklart, att antagandets betydelse icke kan vara blott den, »at vedligeholde den ved Løftet alene skabte Bundethed», enär den bundenhet, som därvid skapats, endast är en negativ pligt att icke återkalla, utan tvärtom måste vara den, att därigenom aftalet såsom rättsärende fullbordas och alltså den af *detta* fullbordande beroende bundenheten inträder[3]. Antagandet eller en såsom antagande betecknad handling är i regel en legal nödvändighet, icke en legal möjlighet, hvars nödvändighet eller icke-nödvändighet skulle bero af anbudsgifvarens privatdisposition. Den omständigheten, att lagen stundom medgifvit anbudsgifvaren rätt att själf bestämma en tid, inom hvilken svaret skall anlända, kan

---

[1] Pollock, Contracts s. 38, 39, Leake, Digest s. 31, Anson, Principles s. 31.

[2] Pollock, Contrats s. 24 ff. och i *Encycl. of Engl. Laws* art. Contract: [2]; Leake, Digest s. 27 ff., Anson, Principles s. 32 fl.

[3] Jfr häremot Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 248 ff.

nämligen icke skäligen så förstås, som skulle därmed anbudsgifvaren blifvit befogad att genom utfästelse i stället för aftal binda sig, hvilket dock blefve den reella följden af en rätt för honom att förklara sig vilja vänta på svaret huru länge som helst. En sådan förklaring eller en förklaring, att laga väntetid ej behöfver iakttagas, utan kan af anbudstagaren öfverskridas, innebär i själfva verket ej heller ett bestämmande af en viss väntetid, utan blott ett upphäfvande af verkningarne af lagens visserligen mindre lyckliga, men af dess stadgande om oåterkallelighet såsom nödvändigt komplement fordrade bestämmelse, att anbudet efter viss väntetids utgång ipso facto blir kraftlöst.

Det heter sålunda t. ex. i

> *Ty. B. G. B. § 148:* Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen;
>
> *Schw. B. O. R. art. 3:* Wer einem anderen den Antrag zum Abschlusse eines Vertrages gestellt und für die Annahme eine Frist gesetzt hat, bleibt bis zum Ablaufe derselben an den Antrag gebunden. Er wird wieder frei, wenn nicht die Annahmeerklärung vor Ablauf dieser Frist bei ihm eingetroffen ist;
>
> *Port. C. civ. art. 651*[1]*:* Se os estipulantes não estiverem presentes, a acceitação será feita dentro do praso assignado pelo proponente.

Om alltså en viss tidpunkt blifvit vid eller efter anbudet bestämd för svarets senaste ingående, så skall denna tidpunkt gälla och ej lagens; men det blir naturligen en quæstio facti, huruvida så skett eller icke skett, och om ingen bestämd tidpunkt angifvits, så kan heller ingen väntetid på grund af privatdisposition lagligen anses föreligga. Därjämte är tydligt, att redan i begreppet Frist, délai fixé, ligger en oeftergiflig fordran på bestämdhet till dag eller månad eller annan viss tid af icke alltför lång utsträckning, jfr *Ty. B. G. B. artt. 186 ff.*, *Schw. B. O. R. art. 86 ff.* Skulle i detta afseende privatdispositionen vara ofullständig, torde det anstånd, hvarpå anbudstagaren har att räkna, böra bedömas efter omständigheterna eller efter hvad en förståndig och ärlig man under dylika omständigheter enligt det allmänna rättsmedvetandet

[1] Texten lyder i fransk öfversättning, enligt Lepelletier, Code civil Portugais s. 133: »Entre absents, l'acceptation sera faite dans le délai fixé par celui qui fait l'offre».

skulle afsett och ansett riktigt[1]. Ett anbud med i verkligheten obegränsadt rådrum för anbudstagaren att antaga eller förkasta kan icke anses såsom ett verkligt *aftals*anbud, utan är snarare ett erbjudande af gåfva och bör såsom sådant bedömas.

Emellertid ger *Ty. B. G. B. §§ 151, 152* anbudsgifvaren rätt att afstå från erhållandet af, icke ett antagande, men väl ett direkt meddelande om att antagande egt rum. I detta fall förblir han dock heller icke för alltid bunden, utan anbudet förlorar sin kraft och väntetiden upphör vid den tidpunkt, som i anbudet bestämts eller eljes kan därur eller ur omständigheterna in casu anses såsom af anbudsgifvaren velad, d. v. s. vid den tidpunkt, som för det allmänna rättsmedvetandet framstår såsom billig och rättvis. Liknande gäller enligt engelsk common law, som väl medger anbudsgifvaren rätt inom vissa gränser att bestämma sättet för antagandets meddelande, men alldeles icke att afstå från ett antagande eller ens från meddelande däraf i någon form[2].

Den lagliga betänketiden, hvilken inträder, när privatdispositivt bestämmande saknas, har blifvit på olika sätt för olika fall och i olika lagstiftningar bestämd. Gemensamt för alla, som härom innehålla föreskrifter, är dock, att ett anbud mellan närvarande måste omedelbart antagas och anses eljes, så vida ej annat framgår af id quod actum est, kraftlöst, se *Öst. A. B. G. § 862,* hvarest dock blott afses muntliga anbud mellan närvarande, *Port. C. civ. art. 650, Schw. B. O. R. art. 4, Ty. B. G. B. § 147;* uttryckligen har af naturliga skäl blott den tyska rätten härmed likstält ett vid telefonaftal mellan frånvarande mittelst Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrag, *Ty. B. G. B. § 147,* men samma grundsats torde äfven få antagas numera gälla inom öfriga lagstiftningar[3]. För andra aftal åter mellan frånvarande äro de särskilda bestämmelserna sins emellan olika.

---

[1] Jfr ock motiven hos Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 177 vid § 148. — Ur nämda synpunkt var det uttryckliga stadgandet i den preussiska *Landrecht* af 1794, att en medgifven obegränsad väntetid kan senare inskränkas, synnerligen lämplig, äfven om den kan sägas ligga i sakens natur, d. v. s. i uppfattningen af hvad det allmänna rättsmedvetandet kräfver; jfr Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 257, 258.

[2] Jfr Pollock, Contracts s. 32, 33, Leake, Digest s. 16, Anson Principles s. 24 ff.

[3] Jfr Maas, Vertragsschluss s. 58 ff., som äfven har några reflexioner rörande det telegrafiska anbudets betraktande såsom afgifvet inter præsentes, därest telegraflinien är en för privatbruk afsedd privatinrättning; detta torde dock vara oriktigt, då aftalet mellan närvarande gemenligen tänkes såsom

De österrikiska och portugisiska lagarna torde i detta afseende vara de minst efterföljansvärda. Den förra har nämligen i *§ 862* såsom maximibetänketid vid skriftliga anbud mellan å samma ort närvarande fastslagit siffran 24 timmar, men vid anbud mellan frånvarande medger den samma en tid motsvarande den, som zur zweimaligen Beantwortung nöthig ist, hvarmed torde böra förstås 24 timmar eller den tid därutöfver, som eljes är zur zweimaligen Beantwortung nödig vid meddelandets befordran på det för brefsamfärdseln mellan dessa orter vanliga sätt[1]. Den portugisiska civillagen åter föreskrifver i *art. 652*, att i brist på en genom privatdisposition fixerad tidpunkt anbudet bör anses såsom icke antaget, om anbudstagaren icke svarat inom 8 dagar, däri icke inräknad den tid, som erfordras för postbudets regelmässiga fram- och återfärd eller, där postbud saknas, den tid, som kan anses nödig med hänsyn till såväl afståndet som den större eller mindre lättheten i kommunikationer. Att dessa bestämmelser både äro godtyckliga och föga preciserbara, synes vara obestridligt; skola de åter icke strängt tolkas, så vore öfver hufvud ett mera allmänt hållet stadgande att föredraga. Ett sådant har ock såväl den schweiziska som den tyska rätten sökt gifva, den förra då den i *Schw. B. O. R. art. 5: 1* förklarat sig för den tidpunkt, in welchem er (sc. der Antragsteller) den Eingang der Antwort bei ordnungsmässiger rechtzeitiger Absendung derselben erwarten darf, under den tillåtna förutsättning nämligen dass sein Antrag rechtzeitig angekommen sei; hvaremot den senare i *Ty. B. G. B. § 147: 2* inskränkt sig till det uttalande, att ett till en frånvarande framställdt anbud kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf. Sistnämda formulering synes ock vara den bästa, om öfver hufvud en positiv bestämmelse skall finnas, men ifrågasättas kan likväl, om ej ett ne-

muntligt, och i hvarje fall måste vara möjligt såsom muntligt, något som i all synnerhet gäller i österrikisk rätt. — Om olika teorier se Dolbeau, Contrats s. 467 ff.

[1] Jfr Schuster von Bonnot, Grundriss des Obligationenrechts, (1899) s. 17; Hasenöhrl, Obligationenrecht I: 639 ff., 642, Maas, Vertragsschluss s. 61, särskildt Note 2, som tillika anser, att för telegrafiska anbud mellan frånvarande, när telegrafen är statstelegraf, maximalbetänketiden är 24 timmar, då lagens stadgande rörande en tid därutöfver blott afser »den Postenlauf.»

gativt stadgande vore att föredraga, liknande det i *§ 817* af den sachsiska civillagen af 1863, att anbudet förlorar sin kraft, om anbudstagaren oskäligt fördröjer sitt svar: visserligen skapas därigenom ingen fast måttstock och visserligen kan därigenom en tids osäkerhet uppstå, men detta är något, som reglerar sig självt lagen förutan, så snart privatdispositionen är principielt erkänd; ej heller underlättas den allmänna privatsamfärdseln på något som helst sätt genom ett fixt tidsstadgande, helst en efter hvarje tids och orts förhållanden lämpad sedvana säkerligen kommer att framdeles såsom hittills, äfven lagtexten till trots, utbilda sig och fortlefva inom de kretsar, som här behöfva en fast regel.[1] Samfärdselns frihet äfven i detta fall är ock den engelska rättens regel; lagen har endast bestämt den tid, under hvilken ett anbud utan privatdispositiv terminus ad quem kan antagas, på det sätt, att den förklarar anbudet i detta fall förlora sin kraft by the lapse of a reasonable time, hvars längd sålunda beror af omständigheterna, *Ind. C. A. sec. 6: 2*[2]. Äfven enligt nyare fransk rättsåskådning[3] anses på samma sätt »toute offre a une durée limitée, alors même que l'offrant ne s'est pas expliqué expressément sur ce point», ehuru frågan är omtvistad, utom hvad handelsrätten angår. Har däremot en viss väntetid blifvit af anbudsgifvaren utsatt, antages allmänt, att svaret måste afgifvas inom denna tids utgång.

I detta sammanhang framställer sig ock en annan synnerligen betydelsefull fråga, nämligen den, huruvida ett antagande skall framkomma eller blott afgifvas före betänketidens utgång — en fråga, som dock blott utgör en del af den större och mer omfattande, när aftalet skall anses slutligt åvägabragt, eller med andra ord, när antagandets dispositivakt är att anse såsom fullbordad. Lagstiftningarna besvara äfven denna fråga olika.

Enligt *Öst. A. B. G. 861* fordras för aftalet, att das Versprechen giltig angenommen ist, och enligt *§ 869* måste die Einwilligung ske under samma vilkor och förutsättningar som das Versprechen. Antagandet försiggår enligt *§ 862* vid muntligt anbud genom omedelbart muntligt svar, men vid skriftligt an-

[1] Jfr motiven hos Haidlen, Bürg. Gesetzbuch I: 176, 177.

[2] Jfr ock Leake, Digest s. 26. Anson, Principles s. 31.

[3] Valéry, Des Contrats s. 182 ff.; annorlunda Demolombe, Cours XXIV: n:o 67; förmedlande Dolbeau, Contrats s. 209 ff., 224 ff., 275 ff., Cousin, Contrats entre absents s. 138 ff.

bud därigenom, att svaret inom behörig betänketid afgifvits samt blifvit anbudsgifvaren delgifvet, die Annahme muss innerhalb jenes Zeitraumes erfolgen und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden. Huruvida härmed bör förstås, att anbudsgifvaren erhållit kännedom om svaret eller blott mottagit det samma, torde vara tvifvelaktigt och beror närmast däraf, huruvida man lägger hufvudvigten vid ordet bekannt eller vid ordet machen; dock synes den naturligaste tolkningen vara den, att mottagandet är tillräckligt, då ju bestämmelserna om betänketid äro gifna i anslutning till de möjliga postförhållandena å orten och posten alltså tänkts såsom förmedlare, hvarvid följaktligen slutåtgärden måste blifva brefvets aflämnande i adressatens händer eller i hans breflåda[1].

Den tyska rätten åter har icke gifvit något särskildt svar å frågan om tiden för aftalets perfektion. Visserligen synas *Ty. B. G. B. §§ 147, 149* genom orden den Eingang erwarten darf, zugegangen sein förutsätta, att svarets ingående till anbudsgifvaren skall vara afgörande, men något direkt afgörande är icke i lagbokens titel om aftal gifvet[2]. Däremot äro här tillämpliga lagens allmänna bestämmelser rörande viljeförklaringar och deras fullbordande. Aftalet bör följaktligen anses perfekt, så snart antagandets viljeförklaring eller dispositivakt blifvit lagligen afslutad enligt gällande allmänna föreskrifter i:

> *Ty. B. G. B. § 130:* Eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem Anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruff zugeht. — Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. — Diese Vorschriften finden auch denn Anwendung, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist.

Härmed har, såsom ock i motiven framhålles[3], den tyska lagen anslutit sig till »die Empfangstheorie», åtminstone hvad direkta

[1] Jfr Schuster von Bonnot, Grundriss s. 17, Hasenöhrl, Obligationenrecht I: 645, 654, 659 ff.

[2] Se ock »Denkschrift» hos Haidlen, Bürg. Gesetzbuch I: 172.

[3] Se Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 156, 157.

viljeförklaringar medels skrift angår. Viljeförklaringar genom konkludenta handlingar torde heller icke kunna anses vara einem Anderen gegenüber abgegeben, innan underrättelse härom kommit denne tillhanda, men då detta icke behöfver ske genom direkt meddelande, så synes, såsom ock i motiven, om än med en viss oklarhet, uttalas, tidpunkten i detta fall faktiskt komma att sammanfalla med kännedomstagandet om handlingarna ifråga, alltså i enlighet med »die Vernehmungstheori», hvarvid dock måste iakttagas, att detta sker inom väntetiden. Skulle åter en förklaring dem Antragsteller gegenüber enligt *§ 151* icke vara nödvändig, så fullbordas aftalet i och genom den dispositivakt, som gäller såsom antagande, utan att underrättelse härom till anbudsgifvaren kräfves[1]. Sker viljeförklaringen slutligen genom muntligt bud, lärer ej heller detta bud kunna, motiven till trots, anses vara den andre zugegangen förrän budet framförts, d. v. s. den andre däraf erhållit kännedom, då man väl knappast får anse, att budet är riktigt framfördt, om adressaten stänger in sig eller stänger budbäraren ute eller på annat sätt vägrar att åhöra hans meddelande. Skulle till följd häraf betänketiden löpa ut, innan svaret kommit, och aftalet alltså förfelas, så synes förfarandet från anbudsgifvarens sida med fog kunna karakteriseras såsom en, på ett gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden tillfogande handling, hvilken enligt *§ 826* medför skadeståndspligt. — Genom *§ 132* har den tyska lagen dessutom såsom medel för en viljeförklarings säkra och obestridbara framförande upptagit delgifning genom offentliga stämningsmän i enlighet med föreskrifterna i civilprocessordningen äfvensom under vissa förutsättningar genom det förfarande nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Civilprozessordnung[2]. Härigenom torde vara ytterligare bekräftadt dels, att viljeförklaringen måste anses fullbordad så snart den akt är fullbordad, hvarigenom förklaringen meddelas, dels att tidpunkten blir olika, alltefter det använda medlets olika beskaffenhet. Att antagandet kan återkallas, så vidt återkallelsen framkommer tidigare eller senast samtidigt med antagandet, är i *§ 130* direkt uttaladt, jfr *Schw. B. O. R. art. 7: 2.*

---

[1] Jfr motiven hos Haidlen, Bürg. Gesetzbuch I: 179 vid § 151.

[2] Jfr motiven och där gifna hänvisningar, Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 159, 160.

Ankommer antagandet till anbudsgifvaren efter utgången af väntetiden, är det samma såsom för sent inträffadt kraftlöst i egenskap af antagande, men bör enligt sakens natur och skall enligt *§ 150* behandlas såsom nytt anbud rörande samma affär; det samma gäller om ett antagande, vare sig det kommit inom eller efter utsatt sista tid, så snart det icke är fullt öfverensstämmande med anbudet, utan skett unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen, jfr ock *Port. C. civ. art. 654.* Beträffande försenad ankomst af ett antagande svar innehåller för öfrigt den tyska liksom den schweiziska rätten en del närmare förskrifter. Enligt *Ty. B. G. B. § 149* liksom *Schw. B. O. R. art. 5: 2* är nämligen anbudsgifvaren skyldig att i vissa fall ofördröjligen, unverzüglich, ohne Verzug, jfr *Ty. B. G. B. § 121:* ohne schuldhaftes Zögern, till anbudstagaren befordra meddelande om antagandets försenade ankomst. Förutsättningen härför är dock, att antagandet blifvit i tillräckligt god tid afsändt för att kunna inom enligt tysk rätt legalt eller dispositivt, men enligt schweizisk rätt blott inom legalt, ej äfven, dispositivt, bestämd[1], behörig tid framkomma, och den tyska lagen betonar därför uttryckligen, att anbudsgifvaren tillika måste dies erkennen, d. v. s. efter objektiv måttstock, där han ej skall anses göra sig skyldig till Fahrlässigkeit enligt *§ 276, jfr § 122* inse att afsändandet egt rum i behörig ordning. Med fullt skäl likställer den tyska rätten därjämte med en dylik underrättelse, sedan antagandet framkommit, hvarje dessförinnan möjligen gjordt meddelande om att svar icke kommit inom behörig tid, och fritager därför anbudsgifvaren från notificeringsskyldighet, därest han redan afskickat dylikt meddelande, en bestämmelse som saknar motsvarighet i den schweiziska rätten. Olikhet råder ock mellan tysk och schweizisk rätt i afseende på följderna af uraktlåtenhet eller dröjsmål i fråga om notificeringspligtens fullgörande, men härvid synes den schweiziska rätten ega bestämdt företräde: enligt schweizisk rätt blir följden skadeståndspligt eller aftalets giltighet, hvilketdera anbudsgifvaren föredrager, enligt tysk rätt åter gäller antagandet såsom icke försenadt, d. v. s. väntetiden såsom utsträckt till tiden för antagandets faktiska framkomst[2]. Det är visserligen sant, att anbudstagaren måste tro aftalet vara slutet, men då lagen

[1] Se Schneider, Schweiz. Oblig. I: 48 Anm. 3.

[2] Jfr motiven hos Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 178.

icke gjort detta till ovilkorlig följd af ett i behörig tid afsändt, för sent ankommet antagande, så kan icke inses, att något särskildt skäl föreligger, som skulle kunna tillräckligt motivera ett dylikt resultat såsom följd af försummad notifikation, helst en skadebringande försummelse i och för sig helt naturligt medför eller kan medföra skadeståndspligt. Och å andra sidan kan anbudstagaren visserligen uraktlåta notificering af det skäl, att han vill betrakta aftalet såsom slutet, något hvartill han icke bör anses obefogad, då här den privata dispositionsrätten erkänts och anbudet före sitt kraftlösblifvande faktiskt i behörig ordning af medparten antagits, men däraf följer icke, att uraktlåtenheten, äfven där den icke har sin grund i en dylik dispositiv vilja, skall utan vidare medföra aftalets uppkomst, helst anbudsgifvaren i lagens eget stadgande om anbudets ipso iure utslocknande haft en bestämd anledning att anse sig fri, då intet antagande i rätt tid ankommit, och således från sin ståndpunkt endast kan hafva en skyldighet att icke genom sitt vidare förhållande tillfoga medparten skada. Frasen, att samfärdselns behof icke tillfredsställas af en blott skadeståndspligt, är lätt att använda, men utgör icke något bevis, utan ett blott påstående. — Har åter antagandet icke i rätt tid afsändts och således ej kunnat komma i rätt tid fram, så uppstår hvarken enligt tysk rätt eller enligt schweizisk — jfr *art. 5: 1, 2* — något aftal, äfven om anbudsgifvaren skulle vilja godkänna antagandet, utan härför fordras nytt antagande, men nu från anbudsgifvarens sida såsom mottagare af ett nytt anbud.

Den schweiziska rättens allmänna ståndpunkt i afseende på frågan om aftalets perfektion synes prima facie liksom den tyska rättens vara »Empfangs»-teoretisk, så vidt bref angår, men »Vernehmungs»-teoretisk beträffande muntliga meddelanden. Sålunda heter det i *Schw. B. O. R. art. 3, 5*, att anbudstagaren är fri, om ej antagandet bei ihm eingetroffen ist, bei dem Antragsteller eintrifft, hvarmed svårligen kan åsyftas annat än brefvets aflämnande till adressaten, under det att samma uttryck, jämförda med *§§ 904, 906* i kantonen Zürich's äldre, i mycket till grund för förbundsrätten lagda civillagbok, äfven gifva vid handen, att ett muntligt meddelande vare sig mellan närvarande eller genom bud måste hafva framstälts till adressatens kännedom[1]. I de fall åter, då något meddelande om

[1] Jfr Regelsberger, Erörterungen I: 44, 45. Zürich erhöll 1887 en ny civillag, som dock endast utgör en reviderad andra upplaga af den äldre.

skedt antagande ej erfordras, gäller aftalet enligt *art. 5: 3* såsom slutet, från utlöpandet af den tid, inom hvilken anbudet kunnat afslås. Emellertid äro de sålunda angifna tidpunkterna för aftalets perfektion icke fullt riktiga. De beteckna nämligen endast det ögonblick, då ett aftals fortfarande bestånd och rättsförhållandets uppkomst afgöres, icke egentligen aftalets perfektionsögonblick. Det heter nämligen i

> *Schw. B. O. R. art. 8:* Ist ein Vertrag unter Abwesenden zu Stande gekommen, so beginnen seine Wirkungen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Annahmserklärung zur Absendung abgegeben wurde. — Wenn eine ausdrückliche Annahme nicht erforderlich ist, so beginnen die Wirkungen des Vertrages mit dem Empfange des nicht abgelehnten Antrages.

Om aftalet, såsom förut utvecklats, är det för rättsförhållandets uppkomst afgörande rättsfaktum, så måste ett aftal föreligga, innan verkningarna däraf kunna inträda. Och om verkningarna inträda i ett gifvet ögonblick, såsom i *art. 8* förklaras, så måste omvändt aftalet i samma ögonblick vara perfekt, låt vara att det samtidigt kan stå under det resolutiva vilkor, att om ett visst förhållande [: antagandets för sena framkomst eller behöriga återkallande] inträffar, aftalet ipso iure är förintadt[1]. Den schweiziska rätten står sålunda i själfva verket på »Entäusserungs-»teoriens ståndpunkt, liksom den äldre tyska handelslagboken, hvars *§ 321* dock icke öfvergått till Tysklands vare sig nya handelslag eller nya civillag och ej heller de lege ferenda skäligen bort så göra; hvarje stadgande af ett innehåll motsvarande nämda *§ 321* eller *art. 8* måste nämligen anses som godtyckligt, i det att anbudstagarens dispositivakt i verkligheten icke är vid nämda tidpunkt fulländad[2].

Kan åter i något fall, såsom ock förut framstälts, enligt schweizisk rätt en utfästelse allena vara grund för ett rättsförhållande, så är det endast en riktig konsekvens att förlägga rättsverkningarnas inträde till tidpunkten för mottagandet, »Empfang», eller riktigare kännedomstagandet om des nicht abgelehnten Antrages, liksom omvändt af stadgandet härom måste slutas, att en utfästelse föreligger i de fall, där stadgandet gäller.

---

[1] Jfr Schneider, Schweiz. Oblig. I: 53, Art. 8. Anm. 1. Maag, Vertragsschluss s. 79 ff.

[2] Jfr ock Jul. Lassen, i *T. f. R.* I: 269 ff., hvars åsigt torde gå ännu längre.

Inom den romanska rätten följer af *Port. C. civ. art. 647—653*, att antagandet bör hafva kommit till anbudstagarens kännedom; det måste nämligen af den akt eller handling, hvarigenom det gifves, kunna framstå såsom med nödvändighet konstaterande consensus, *art. 648*, men detta är näppeligen fallet, innan anbudsgifvaren därom erhållit kännedom. I och för sig lägger dock formuleringen intet hinder i vägen för att anse den portugisiska rätten intaga en »Empfangs»-teoretisk ståndpunkt i fråga om aftal per bref mellan frånvarande. Den förra uppfattningen bekräftas dock genom den uttryckliga formuleringen i nabolandets på samma grunder hvilande rätt, *Sp. C. civ. art. 1262: 2*, enligt hvilken ett antagande por carta icke framkallar bundenhet hos anbudsgifvaren, förrän i det ögonblick, svaret kommer till hans kännedom, á su conocimiento. Dock vore äfven här den tolkning tänkbar, att aftalet slutes i samma ögonblick, anbudstagarens dispositivakt fullbordas, ehuru med det resolutiva vilkor, att anbudsgifvaren förpligtas endast om och när han därom erhåller kännedom, hvarmed då självklart borde likställas, att antagandet dessförinnan icke hos honom återkallats. Men denna tydning lärer ej vara möjlig, om aftalet såsom i fortsättningen af samma artikel föreskrifves, skall präsumeras celebrado en el lugar en que hizo la oferta. Om sålunda anbudstagaren dör[1], sedan han aflåtit sitt antagande, men innan detta hunnit fram till adressatens kunskap, så borde tydligen dödsfallet förhindra aftalet, åtminstone om anbudsgifvaren får kännedom därom samtidigt med antagandet; eljes kan, enär dispositivhandlingen är fullbordad och dispositivakten genom dödsfallet dessutom vorden definitiv, så att ett återkallande är omöjligt, aftalet anses åvägabragt och icke åter upphäfdt, så vida antagandet blott kommer riktigt fram. Däremot föreskrifver den spanska handelslagen i *art. 54*, att aftal per bref skola anses fullbordade med afsändandet af antagande svar, vare sig detta är svar å anbudet eller å ett modifieradt motanbud. Att särskildt stadgande härom fått kvarstå i handelslagen torde i sin mån tyda därpå, att den allmänna civillagen utgått från en annan grundsats. Såsom redan i det föregående antydt, har å andra sidan den italienska handelslagen genom stadgandet i sin *art. 36* bestämdt fastslagit aftalets perfektionsmoment till tiden för kännedomstagandet om svaret. Det samma synes gälla i Belgien och Nederländerna[2].

[1] Se härom Valéry, Des Contrats s. 193 ff., Dolbeau, Contrats s. 278.

[2] Se Demolombe, Cours XII: 26 Note 1 (i den belgiska editionen), Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 260.

Till stöd för åsigten om anbudsgifvarens kännedomstagande af svaret såsom enligt romansk rätt nödigt för att aftalet skall blifva definitivt, behöfver sålunda icke mot Demolombe och andra åberopas den i litteraturen omstridda[1]

> *Fr. C. civ. art. 932:* La donation entre-vifs n'engagera le donateur, et ne produira ancun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. — L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute; mais alors la donation n'aura d'effet à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. — Jfr *Bel. C. civ. art. 932; It. C. civ. art. 1057; Ned. C. civ. art. 1720.*

Det må väl vara, att föreskriften i *art. 932* icke beror af aftalets natur och väsentliga karakter, helst det kan vara tvifvelaktigt, utom hvad nederländsk rätt angår, jfr *Ned. C. civ. art. 1703,* huruvida la donation verkligen är ett aftal (jfr nedan afd. 21), men detta hindrar naturligtvis icke, att grundsatsen äfven kan gälla i aftalsrätten, och onekligen ligger det en viss sannolikhet för att så förhåller sig redan däri, att den tillämpats på les donations[2]. Men som sagdt, äfven utan detta stöd, torde åsigten kunna genom det anförda anses bevisad[3]; naturligtvis måste dock härvid städse fasthållas, att det sagda endast gäller om ett i ord uttryckt antagande, icke nödvändigtvis om antagande genom konkludenta handlingar, hvilka tillika innebära ett verkställande af aftalet. I sistnämda fall föreligger i själfva verket ett blandadt negotiorum gestio och aftal.

Beträffande anglikansk rätt, är antagandets rättshandling där så mycket mer en legalt nödvändig akt, som anbudet, proposal, dels är återkalleligt, dels måste åsyfta att framkalla ett antagande eller med andra ord vara ett aftalsanbud[4]. Antagandets fullbordande betecknar därför aftalets fullbordande, jfr *Ind. C. A. sec. 2. a, b;* men antagandet åter anses fullbordadt i och med dess kommunicerande enligt

---

[1] Jfr Demolombe, Cours XXIV: n:os 72—75, XX: n:os 138, 139; Zachariæ-Dreyer, Französ. Civilr. II: 449 § 343 Note 5.

[2] Jfr Dolbeau, Contrats s. 332 ff.

[3] Jfr framställningen hos Dolbeau, Contrats s. 278 ff., 297 ff., 325 ff.

[4] Jfr Pollock i *Encycl. of Engl. Laws* art. Contract: [2.].

> *Ind. C. A. sec. 4: 2:* The communication of an acceptance is complete, as against the proposer, when it is put in a course of transmission to him, so as to be set out of the power of the acceptor; as against the acceptor, when it comes to the knowledge of the proposer.

Härmed är utan tvifvel en äfven teoretiskt riktig grundsats uttalad; antagandet är fullbordadt as against the proposer, d. v. s. aftalet är slutet, ett verkligt agreement är åstadkommet, så snart anbudstagarens samtyckande dispositivhandling är fullbordad, eller med andra ord så snart budskapet om antagandet är set out of the power of the acceptor, alltså öfverlämnadt till en anbudsgifvarens budbärare, eller muntligen meddeladt anbudsgifvaren eller aflämnadt till en självständig öfverbringare[1], men as against the acceptor icke förrän anbudsgifvaren äfven erhållit kännedom därom, d. v. s. rättsverkningarnas inträde och därmed aftalets fortbestånd beror af sistnämda vilkors uppfyllande, och att förhindra detta uppfyllande står till en viss grad i anbudstagarens makt, enär enligt

> *Ind. C. A. sec. 5: 2:* An acceptance may be revoked at any time before the communication is complete as against the acceptor, but not afterwards;

d. v. s. antagandet kan återkallas när som helst, så framt meddelandet därom kommer till anbudsgifvarens kännedom före eller sist samtidigt med antagandet, jfr *Ind. C. A. sec. 4;* i förhållande till återkallelsens mottagare är återkallelsen däremot fullbordad, så snart den är put into a course of transmission eller i vanliga fall posted.

Anbudsgifvaren blir emellertid icke bunden utan att erhålla kännedom om antagandet, och ehuru aftalet sålunda är slutet i och med antagandets afsändande, beror rättsförhållandet därjämte af det suspensiva vilkor, att meddelandet kommer fram i behörig tid, jfr *Ind. C. A. sec. 6: 2;* till följd häraf är det ock möjligt att tillerkänna anbudstagaren en rätt att återkalla sitt antagande, äfven sedan han afhändt sig och afsändt det samma. Den engelska jurisprudensen är emellertid benägen att anse anbuds-

[1] Därför anses svaret, så snart det är »posted», d. v. s. lämnadt för befordran till postverket (resp. telegrafverket), vara afgifvet på ett slutligt sätt, se Leake, Digest s. 23, Anson, Principles s. 24 ff. — Att enligt engelsk rätt afsändaren ej kan lika lätt återfå ett bref, som enligt svensk och annan europeisk rätt, se Hammarskjöld, Fraktaftalet s. 213 (not 1), Leake, Digest s. 30.

gifvaren ovilkorligt bunden, så snart svaret afsändts och synes förhålla sig tveksam till frågan, huruvida en återkallelse af ett afsändt antagande får ega rum, ehuru väl de skotska domstolarna i något fall förklarat en telegrafisk återkallelse af ett redan posted, men ej framkommet, svar giltig[1].

För öfrigt måste ett antagande äfven enligt engelsk rätt noga öfverensstämma med anbudet för att kunna såsom antagande godkännas, *Ind. C. A. sec. 7: 1*[2]. Den angloindiska lagstiftningen medger dock i viss mån ett undantag från denna regel, då den stadgat i *Ind. C. A. sec. 7: 2:* . . . . If the proposal prescribes a manner in which it is to be accepted, and the acceptance si not made in such manner, the proposer may, within a reasonable time after the acceptance is communicated to him, insist that his proposal shall be accepted in the prescribed manner, and not otherwise; but if he fails to do so, he accepts the acceptance.

Med detta, he accepts the acceptance, torde böra förstas, att anbudsgifvaren godkänner svaret såsom vore det med anbudet öfverensstämmande, d. v. s. ändrar sitt anbud ex post facto till likhet med antagandet och behöfver för den skull icke sända anbudstagaren något meddelande härom, hvilket eljes varit nödigt, om antagandet betraktats såsom nytt anbud[3].

Härmed är sålunda äfven den uppställda frågan, huruvida svaret skall, när viss väntetid är utsatt, framkomma innan dennas tilländalöpande eller blott afsändas, besvarad: detta beror af lagens allmänna ståndpunkt rörande prefektionsmomentet. Dock är tydligt, att om väntetiden privatdispositivt bestämts, svaret i hvarje fall måste framkomma inom den utsatta tiden, då såsom Dolbeau framhållit[4], väntetidens fixerande lika mycket är eller kan vara i anbudsgifvarens som i anbudstagarens intresse och gemenligen skett för att anbudsgifvaren, om svar dessförinnan ej kommit, skall veta sig med visshet vara fri; jfr *Schw. B. O. R. art. 3.* Väntetiden bör härvid beräknas, därest den icke är till slutdagen, utan endast till sin längd fixerad, från tiden för anbudets afsändande, i det att,

[1] Jfr Pollock, Contracts s. 33 ff., 659 ff. och i *Encycl. of Engl. Laws* art. Contract: [2], Leake, Digest s. 23—27, 30, 31.

[2] Pollock, Contracts s. 39 ff., Anson, Principles s. 44 ff.

[3] Jfr Stokes, Codes I: 550 Note 4.

[4] Dolbeau, Contrats s. 226 ff.

såsom det heter i *Schw. B. O. R. art. 5: 1,* bei der Berechnung dieses Zeitpunktes kann der Antragsteller von der Voraussetzung ausgehen, dass sein Antrag rechtzeitig angekommen sei; jfr *Ty. B. G. B. § 147: 2, Port. C. civ. art. 652*[1]. Skulle ett behörigen afsändt antagande svar under transporten förkomma, torde aftalet enligt grunderna för *Schw. B. O. R. art. 5: 2* icke kunna anses slutet, lika litet som enligt grunderna för *Ty. B. G. B. § 149,* eller för *Öst. A. B. G. § 862* eller än mindre enligt *Port. C. civ. art. 652,* som uttryckligen förklarar, att anbudet anses som icke antaget, om ej svar kommit inom väntetiden. Däremot synes, såsom ofvan nämdt, den engelska rätten intaga en motsatt ståndpunkt, åtminstone för så vidt anbudsgifvaren medgifvit eller föreskrifvit svarets afsändande på ett visst sätt och detta skett: »then an acceptance so dispatched is effectual notwithstanding any misscarriage or delay in its transmission happening after such dispatch»[2]. Fransk rätt åter intager samma ståndpunkt som de kontinentala staternas flesta rättssystem[3].

Med uteblifvet svar bör icke sammanblandas ett tyst svar eller ett svar genom konkludenta handlingar[4].

19.

De viljeförklaringar från kontrahenternas sida, hvilka betecknats såsom anbud och antagande, äro icke alltid de enda, som dem emellan vexlats, utan aftalets slutande kan ofta hafva föregåtts af särskilda underhandlingar och äfven af utbyten af förklaringar, som väl måste skiljas från aftalet självt, enär deras konstaterande ännu icke är liktydigt med aftalets konstaterande, men som dock för aftalets rätta förstånd äro och för dess behöriga tillkomst till och med kunna vara af den största betydelse. För aftalsbegreppets riktiga fastställande har emellertid egentligen blott

[1] Om beräkningen af väntetiden enligt österrikisk rätt, se Hasenöhrl, Oblig. Recht I: 643—646; i allmänhet Dolbeau, Contrats s. 231 ff.

[2] Pollock, Contracts s. 32, Anson, Principles s. 27 ff. — Enligt angloindisk rätt, är frågan oafgjord, se Anson, Principles s. 30 Note 1, jfr dock Stokes, Codes I: 550 Note 1.

[3] Se Cousin, Contrats entre absents s. 142 n:o 65.

[4] Se om dylika svar öfversigten hos Valéry, Des Contrats s. 92 ff.; jfr Dolbeau, Contrats s. 255 ff., Anson, Principles s. 16 ff., 23 ff., Regelsberger-Endemann, Handbuch II: 446 ff. — Att ett för sent ankommet antagande äfven i fransk rätt anses såsom nytt anbud, se Valéry, a. a. s. 190.

den förra synpunkten betydelse, och uppgiften blir därför att angifva gränsen mellan blott förhandlingar eller traktater och aftal, mellan pacta præparatoria och kontrakt. Men dessutom kan aftalet, en gång genom privatdisposition slutet, äfven erfordra reproduktion i särskild, vare sig legalt eller dispositivt bestämd form, och frågan blir då, i hvad mån denna reproduktion är att anse såsom ett ytterligare moment i och af aftalsslutandet, och alltså väsentlig för aftalets åvägabringande, eller ej. Båda dessa frågor hafva såväl af den äldre som den nyare moderna rätten blifvit uppmärksammade.

Är aftalet lagligen formfordrande, så ligger det i sakens natur, att dess perfektion icke kan inträda, förrän det iklädts behörig form, jfr *Ty. B. G. B. § 125; Schw. B. O. R. art. 9: 2; Öst. A. B. G. § 883; Port. C. civ. art. 686;* arg. *Fr. C. civ. art. 1339 et cet.; It. C. civ. art. 1314;* och att sålunda antagandets dispositivakt endast under den förutsättning här åvägabringar aftalet, att därigenom äfven formfordringarna fullständigt uppfyllas. Dock synes t. ex. *Sp. C. civ. art. 1279* förutsätta aftalet såsom slutet redan i och med formlös consensus, och betrakta formen såsom nödvändig endast för de på aftalet grundade fordringarnas exigibilitet, i öfverensstämmelse hvarmed den tillerkänner kontrahenterna ömsesidig rätt att framtvinga aftalets formreproduktion. Hvad särskildt angår legalt formfordrande aftal mellan frånvarande, har *Ty. B. G. B. § 126* föreskrifvit, att skriftlig form kan ersättas genom gerichtliche oder notarielle Beurkundung och *§ 128*, att sistnämnda slags Beurkundung anses behörigen skedd, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Gericht oder einem Notar beurkundet wird. Frågan åter, när i ett dylikt fall aftalet skall anses slutet, besvaras i *§ 152*, som uttalar, att samtidig närvaro af kontrahenterna icke är nödvändig, och att, så framt ej annorlunda är bestämdt, aftalet kommer till stånd mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme. Något meddelande om denna akt till anbudsgifvaren är icke nödvändig för aftalets perfektion och ännu mindre någon Beurkundung af ett dylikt meddelandes behöriga framkomst, liksom heller ingen Beurkundung erfordras för konstaterandet af anbudets behöriga framkomst till anbudstagaren. Däremot kan aftalets bestånd möjligen blifva beroende af ett notificerande af antagandet, i det att ett konstaterande af antagandets Beurkundung inom utsatt eller eljes skälig tid i enlighet med anbu-

dets innehåll, kan vara af anbudsgifvaren fordradt, eller ligga i hans objektivt bestämda intresse och därför böra af hvarje ärlig och omtänksam anbudstagare företagas; detta beror dock af de föreliggande omständigheterna i hvarje konkret fall[1]. Enligt lag skriftlig form erfordrande aftal kunna däremot, enligt *Ty. B. G. B. 126 jfd med § 127* icke anses slutna vare sig genom enkel telegram- eller brefvexling, utan fordras härför upprättandet af privaturkunder i föreskrifven form. Däremot förklaras alldeles tvärtom i *Schw. B. O. R. art. 12*, att såvida ej annorlunda är i lag bestämdt, gilt als schriftliche Form auch der Briefwechsel oder der Wechsel von Telegrammen, vorausgesetzt dass die Originaldepeschen die Unterschrift der Parteien tragen, welche sich verpflichten; underskrift af hvarje genom aftalet förpligtad person erfordras nämligen å hvarje urkund, som intygar denna förpligtelse, jfr ock *art. 13.* I detta fall är alltså aftalet, trots sin formfordrande karakter, att betrakta såsom perfekt, redan då det efter vanlig ordning blifvit ingånget, d. v. s. när bref eller telegram, innehållande slutförklaringar, ömsesidigt utvexlats eller, där blott en handling upprättas, denna af båda blifvit underskrifven[2]. Det samma gäller om efterföljande ändringar af ett formfordrande aftal, såvida ej endast är fråga om förklarande tillägg, hvilka kunna ske alldeles formlöst, *Schw. B. O. R. art. 11.*

Svårare kan vara att afgöra, huruvida ett aftal med privatdispositivt bestämd form skall anses slutet i och med konstaterandet af ömsesidig consensus eller först när det samma erhållit sin tilltänkta form. Principiellt bör detta visserligen bero af parternas egen vilja, men i många fall kan denna icke med visshet utrönas och lagen måste då träda hjälpande emellan. Så har ock skett, och på ett till dömes synnerligen lyckligt sätt, genom såväl *Öst. A. B. G. § 884* och *Schw. B. O. R. art. 14* som den nya tyska civillagboken[3], då det där stadgats, att aftalet i tvifvelaktiga fall anses icke slutet, förrän formen iakttagits, så vida nämligen parterna *före* det formlösa enandet öfverenskommit om den samma, men icke om detta skett sedan enighet i hufvudsaken uppnåtts; jfr *Ty. B. G. B. § 154: 2:* Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist

[1] Jfr Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 179, 180, vid § 152.
[2] Jfr Schneider, Schw. Oblig. I: 61, 62. Anm. 1, 6, 7.
[3] Jfr Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 182 in fine vid § 154.

im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.

Denna Beurkundung kan ske på samma sätt som en legalt fordrad Beurkundung, och skall därjämte, enligt *§ 127*, im Zweifel så ske, ehuru eljes, så snart af parternas viljeförklaringar ej annat framgår, zur Wahrung der Form ett telegrafiskt meddelande är tillräckligt und bei einem Vertrage Briefwechsel, — brefvexling är för öfrigt enligt schweizisk rätt i allmänhet nog, jfr *Schw. B. O. R. art. 14, 12, 13;*[1] dock kan efteråt enligt *Ty. B. G. B. § 127* eine dem § 126 entsprechende Beurkundung verlangt werden, men aftalet är emellertid i så fall redan slutet och reproduktionen blir utan betydelse för aftalets åvägabringande[2].

En säregen ställning intager till frågan om det formfordrande aftalet och dess åvägabringande den romanska rätten, i det att denna principielt visserligen erkänt det formlösa konsensualaftalet såsom allmängiltigt, men tillika gjort aftalets bevisning och de på aftalet grundade fordringarnes exigibilitet beroende af iakttagandet af en viss föreskrifven skriftlig form och i regel, ehuru ej lika genomgående i alla de romanska lagstiftningarna, afskurit hvarje möjlighet att på annat sätt än genom uppvisande af behöriga skriftliga handlingar ådagalägga aftalets ingående. De franska reglerna de la preuve des obligations et de celle du payement hafva icke heller upptagits i Code de procédure, utan i Code civil, *Fr. C. civ. artt. 1315—1369; jfr Bel. C. civ. artt. 1315—1369.*

---

[1] Jfr Schneider, Schweiz. Obligationenr. I: 63 ff. Enligt den spanska handelslagen *art. 51: 2* kan telegramvexling endast då tjäna som bevis om ett aftals ingående, om parterna på förhand genom skriftlig öfverenskommelse medgifvit detta och telegrammen därjämte uppfylla de fordringar, som möjligen blifvit privatdispositivt bestämda. Äfven den portugisiska handelslagen lämnar i *art. 97* liksom den italienska i *art. 45, 46* vissa föreskrifter rörande telegrafkorrespondens och förutsättningarna för dess förmåga att bevisa ett aftal enligt de för privaturkunder gällande regler, jämte särskilda bestämmelser rörande ansvarighet vid felaktig telegrafering (: den afsändare, som låtit kollationera, präsumeras vara utan försumlighet). Om bevisningen af aftal genom bref eller telegram, se Dolbeau, Contrats s. 397 ff. eller utförligare Valéry, Des Contrats s. 251 ff. (lagstiftning s.) 285 ff.; om »transcription de la correspondence», se Valéry a. a. s. 270 ff., 302 ff.

[2] Se ang. motiven och paragrafens förhistoria Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 153, 154, särskildt ang. uteslutandet af bestämmelser rörande blinda, döfstumma m. fl., om hvilka äldre och fortfarande österrikisk rätt upptagit särskilda stadganden, jfr v. Schey, Bürg. Gesetzb. vid § 883.

Ned. B. W. B. artt. 1902—1982; It. C. civ. artt. 1312—1377. Sp. C. civ. artt. 1214—1253, Port. C. civ. artt. 2404—2534, och de böra för den skull mindre betraktas såsom rent processuela föreskrifter än såsom kautelarrättsregler. Men i så fall framställer sig osökt den frågan, hvilken betydelse dessa regler praktiskt ega med afseende å aftals åvägabringande, eller med andra ord, huruvida det bör anses såsom parternas vilja, att en öfverenskommelse dem emellan först sedan den iklädts den för bevisningen nödiga formen eller redan dessförinnan skall öfvergå till bindande aftal. Att för den allmänna åskådningen i ett land, hvars rättsordning mer eller mindre fordrar viss form för ett aftals bevisande, denna form äfven måste, där rätten verkligen ingått i folkmedvetandet, framstå såsom dispositivt af parterna velad och förutsatt, ligger i sakens natur, men däraf kan dock icke utan vidare dragas den slutsats, att deras dispositivakter rörande aftalet också måste gå ut på ett ömsesidigt bindande allenast i och med formföreskriftens iakttagande. Snarare torde denna form tvärtom betraktas såsom en nödvändig följd af ett förut ingånget formlöst aftal och så till vida synes den ofvan omnämda *Sp. C. civ. art. 1279* hafva träffat det rätta[1].

Erfordras alltså för bevisning af ett aftal en viss form, torde därför, när parternas afsigter icke klart framgå, böra antagas, att aftalet visserligen blifvit perfekt i och med den formlösa consensus, men att tillika däri ingår ett i sig giltigt aftal (ej förhandsaftal) om rättsärendets formella reproduktion. Härifrån böra naturligen strängt skiljas sådana aftal, som visserligen icke skola erhålla en viss form, men ändock ej blifva perfekta i och med consensus, utan ytterligare kräfva t. ex. res, jfr *Fr. C. civ. artt. 1875, 1892, 1919.* Sålunda kan ett realkontrakt icke anses afslutadt, förrän tradition skett, äfven om ett föregående enande egt rum, hvilket är eller kan vara ett bindande förhandsaftal, ett pactum de tradendo contrahendi causa. Uttryckligen har detta ock uttalats t. ex. i *Öst. A. B. G. §§ 957, 971, 983, jfr § 936.*

Däremot synes, när aftalet är afgjodt materielt formfordrande, vare sig legalt eller, om parternas afsigt i detta hänseende är otvifvelaktig, dispositivt, ett föregående enande i regel icke böra utan parternas uttryckliga förklaring härom anses såsom ett perfekt pactum de contrahendo, utan endast såsom ett pactum præpara-

[1] Jfr dock Demolombe, Cours XXIV: n:os 35 ff.

torium eller ett samförstånd[1]. Af så mycket större vigt blir det emellertid att särskilja aftalet från de det samma förberedande förhandlingarna och de däri ingående pacta præparatoria, helst formuleringen i de ofvan omtalade *Ty. B. G. B. § 154: 2* och *Öst. A. B. G. § 884* i detta afseende icke äro lika otvetydiga som *Schw. B. O. R. art. 14*, hvilken senare förklarar, att parterna icke äro bundna, under det att de förra tala om ett verabreden, hvars betydelse kan vara omtvistelig. Särskildt beträffande österrikisk rätt, synes rent af gälla att en punktation, som i sig blott skulle vara ett förberedande steg, likväl, där den fastställer hufvudpunkterna i det blifvande aftalet och blifvit af parterna underskrifven, måste legaliter anses såsom ett bindande aftal, se *Öst. A. B. G. § 885*, ehuru noch nicht die förmliche Urkunde blifvit upprättad. En punktation af dylik beskaffenhet kan dock knappast, och minst vid formlösa aftal, anses såsom en verklig punktation, utan är snarast ett vilkorligt aftal, enär den tydligen förutsätter ömsesidig tillbindelsevilja, hvaremot en verklig punktation är ställd under vilkor af hvardera kontrahentens si voluero. Närbeslägtad med den österrikiska *§ 885*, men i själfva verket ännu längre gående, är

> *Schw. B. O. R. art. 2:* Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle. — Kommt über diese Ne-

[1] Häremot strider ej, hvad jag i min afhandling »Pacta de contrahendo» s. 49 ff. — jfr ock min Kritik och Motkritik s. 38 — uttalat angående obehöfligheten af förhandsaftalets klädande i samma form som det formfordrande efterföljdsaftalet, så framt ej annorlunda uttryckligen stadgats genom positiv lag. Om nämligen det föregående enandet af parterna själfva betraktats och uttryckligen angifvits såsom ett *aftal*, så är det samma naturligen ett förhandsaftal och då gäller hvad i nämda afhandlingar närmare antydts; har åter så icke skett, så bör i tvifvelaktiga fall antagas, att intet verkligt aftal föreligger, utan blott ett pactum præparatorium eller ett samförstånd, i det att den privatdisposition, hvaraf legal bundenhet uppstår måste vara otvifvelaktig och af rättssäkerhetsskäl tolkas restriktivt. Att förhandsaftalet icke behöfver erhålla samma form som efterföljdsaftalet, där ej uttryckligt lagstadgande härom finnes, äfven om grunden för formföreskriften rörande det senare är att gifva »en garanti för allvaret med den gjorda viljeförklaringen», måste jag fortfarande — emot Almén, Auktion II: 297 — fasthålla: formföreskriften kan dock fylla sin uppgift, enär genom förhandsaftalet ännu ingen efterföljdsaflåtelse egt rum och icke heller såsom ett »högst personligt» facere torde kunna af den därtill berättigade utkräfvas utan den bundnes personliga medverkan, hvaremot i händelse denna uteblir förhandsaftalet medför skadeståndspligt.

benpunkte eine Vereinbarung nicht zu Stande, so hat der Richter über dieselben nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden. — Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Form der Verträge.

Genom sistnämda förbehåll rörande formen afviker dock detta stadgande från det österrikiska just i dess väsentligaste punkt, enär det samma innebär, att om form fordras, aftalet först med denna kommer till stånd. Å andra sidan har genom de båda första momenten ett steg tagits, hvars följder kunna blifva ytterst vanskliga för rättssäkerheten och privatdispositionen, och som icke har någon motsvarighet i det österrikiska lagbudet[1]. Också torde denna artikel i den schweiziska obligationsrätten vara tämligen enastående inom hela den moderna lagstiftningen. Den innebär helt enkelt, att lagen griper in på ett af den själf åt privatdispositionen öfverlåtet område och förklarar såsom aftal i legal mening hvad enligt privatdisposition ännu icke med säkerhet är ett aftal. Det är godt och väl, att den tillåter motbevisning till ådagaläggande af denna präsumptions oriktighet, men det är i hög grad oegentligt att bevisskyldigheten kommer att drabba svaranden, hvilken här, ehuru enighet bevisligen icke uppnåtts, måste ådagalägga, att ändock icke ett aftal kommit till stånd. För de romanska kantonerna af Schweiz betyder detta visserligen icke så särdeles mycket, då där den franska rättens fordran på skriftlig bevisform fortfarande är gällande[2]; i öfriga kantoner däremot kan stadgandet medföra åtskilliga faror liksom det ur principiel synpunkt är fullständigt ohållbart[3].

Emellertid, sådan lagen är måste den följas och enligt gällande schweizisk rätt kommer alltså aftalet till stånd, så snart enighet mellan parterna i de objektive eller ock bevisligen subjektive väsentliga punkterna, ehuru ej i öfriga uppnåtts, därest inga särskilda omständigheter föreligga, hvilka bestämdt angifva, att parterna velat uppnå enighet i allo, innan de uppgåfve vilkoret vi voluero. Detta vilkor präsumerar lagen vara uppgifvet, så snart en punktation eller annat pactum præparatorium föreligger rörande hufvudpunkterna, och flyttar därmed gränsen mellan aftal och förberedande öfverenskommelser inom de egentliga underhandlingarnas

[1] Schneider, Schweiz. Oblig. I: 44 ff., särskildt Anm. 1—3, 8, 9, 15.

[2] Se Schneider, Schweiz. Oblig. I: 55, 56. Anm. 3.

[3] Huru svårt det är för domaren att med en dylik regel träffa det rätta visa flere af de hos Schneider, anf. arb. I: 46, 47 meddelade rättsfall, se särskildt n:r 19, 20.

område samt afskär parterna möjligheten att, om de ej iakttagit största försigtighet och reservation, draga sig tillbaka, om de till följd af de vidare förhandlingarnas resultat skulle finna detta lämpligt. Aftalet fullbordas med andra ord styckevis och rättsförhållandet uppstår styckevis, allteftersom en ny del af aftalet blir färdig.

En alldeles motsatt åskådning är däremot gällande ej blott inom den romanska rätten, för hvilken de förberedande förhandlingarna egentligen sakna allt rättsligt beaktande, åtminstone där de franska kautelarformerna i hela sin utsträckning tillämpas, utan ock inom den nytyska rätten. Klart och tydligt stadgas i

> *Ty. B. G. B. § 154: 1:* Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

Endast om på grund af föreliggande omständigheter med skäl kan antagas, att parterna afsett ett slutligt aftalande utan att förut full enighet ernåtts rörande alla enskilda punkter, får aftalet anses åvägabragt i och med uppnåendet af enighet såväl härom som angående de punkter, hvarom enighet enligt hvarderas åsigt erfordras. Denna regel är dessutom så ovilkorlig, att äfven om parterna själfva anse ett aftal vara ingånget, men det visar sig, att de über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit icke blifvit eniga, das Vereinbarte anses icke gällande, såframt ej tillika anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde, *Ty. B. G. B. § 155.* Onekligen är denna ståndpunkt icke allenast öfverlägsen den schweiziska, utan torde ock kunna betecknas såsom den med principen om privatdispositionen såsom afgörande enda förenliga, på samma gång som den fullt tillgodoser samfärdselns behof[1].

I själfva verket är fordran på full enighet mellan kontrahenterna såsom vilkor för underhandlingarnes utmynnande i ett verkligt aftal ingenting annat än en omskrifning af den eljes såsom regel allmänt erkända satsen, att antagandet måste noga öfverensstämma med anbudet och att en afvikelse härutinnan medför an-

[1] Jfr motiven hos Haidlen, Bürg. Gesetzbuch I: 181—183 vid §§ 154, 155.

tingen antagandets förvandling till ett nytt anbud eller i allt fall ett nytt underhandlingssteg, eller ock, där anbudsgifvaren finner sig i förändringen, utan att något nytt antagande från hans sida erfordras, såsom understundom kan enligt engelsk rätt inträffa, det ursprungliga anbudets modifierande så att säga ex post facto.

Enligt engelsk rätt slutligen är ett aftal, som legaliter kräfver särskilda formalities, t. ex. utfärdandet af deeds, writing, registrering, bekräftelse af myndigheter o. s. v., icke fullbordade förrän formen iakttagits, jfr *Ind. C. A. sec. 10: 2* [1]. I viss mån står den engelska rätten här på en ståndpunkt liknande de romanska lagstiftningarnas; särskildt äro de bestämmelser, som innehållas i Statute of Frauds (29 Car. II. c. 3) rörande viss form i vissa fall, mera riktade på sättet för aftalets bevisande än för dess åvägabringande, men huruvida till följd häraf formen bör i verkligheten anses såsom väsentlig, ej blott såsom bevisform, ansågs före Sale of Goods Act (56 & 57 Vict. c. 71) vara tvifvelaktigt:[2] genom sistnämda lag åter fastslogs, att formfordringarna endast afse bevisningen[3]. Däremot är här en särskild urkunds upprättande icke af nöden, utan om t. ex. »a written and duly signed proposal is accepted by word of mouth the contract itself is completed by such acceptance and the writing is a sufficient memorandum of it». Ej heller är the Statute of Frauds tillämpligt å deeds[4].

Är formen åter beroende af parternas eget beslut, och framgår det häraf, att de icke velat binda sig, förrän formen iakttagits, så anses aftalets slutande framflyttadt till denna tidpunkt, äfven om fullständigt samförstånd, agreement, dessförinnan uppnåtts; och å andra sidan är den omständigheten, att parterna »do intend a subsequent agreement to be made», ett starkt bevis för deras förmodade afsigt att icke bringa förhandlingarna till slut eller låta ett aftal uppstå, innan det formella afslutandet af aftalet egt rum. Öfver hufvud beror det af de konkreta omständigheterna och id quod actum est under och efter förhandlingarna, huruvida for-

[1] Hvilka slags aftal i egentlig mening äro underkastade formföreskrifter enligt engelsk lag, se Pollock, Contracts s. 144 ff. Anson Principles s. 48 ff.; jfr Stokes, Codes I: 496, 497.

[2] Jfr Leake, Digest s. 225, 251 ff.

[3] Anson, Principles s. 79; om reglerna »relating to evidence», se Anson, a. a. s. 264 ff.

[4] Pollock, Contracts s. 161, 162; Leake, Digest s. 224 ff.

mens åvägabringande skall anses allenast såsom en formel kontraktsreproduktion eller såsom det första bindande aftalet[1]. Emellertid utgöra hvarken traktater eller punktationer bindande aftal, och icke heller äro de vilkor och löften, som under de förberedande förhandlingarna kunnat göras utan att sedermera upptagas i det slutliga aftalet, förbindande för parterna eller endera af dem[2]; ett aftal föreligger först då, såsom Pollock koncist uttrycker saken[3], när »there is in the particular case a final consent of the parties such that no new term or variation can be introduced in the formal document to be prepared», där ett sådant skall upprättas, eller eljes i aftalet.

20.

Från den uppfattning, som enligt hvad ofvan utvecklats, beherskar hela den kontinentalt-europeiska liksom den anglikanska rätten, skiljer sig däremot, enligt den herrskande åsigten i den danska rättsvetenskapen, den dansk-norska rätten. Särskildt har Jul. Lassen i sin meromnämda afhandling om »Løfte og Accept» sökt med stor kraft och skicklighet häfda denna dess särställning och påpeka dess företräden framför de rättssystem, som upptagit aftalet såsom rättsbildande faktum. Att här ingå i ett detaljeradt bemötande af Lassen's framställning och resultat i detta stycket kan så mycket mindre komma i fråga, som det visserligen är möjligt, att den åsigt, han representerar, verkligen är ett troget och riktigt uttryck för det aktuella dansk-norska eller åtminstone danska allmänna rättsmedvetandet, något hvarom en utomstående icke lätteligen kan döma. Men med denna reservation torde i allt fall här några invändningar både kunna och böra göras[4].

---

[1] Pollock, Contracts s. 42, 43; Leake, Digest s. 146 ff.; jfr angående anglo-indisk rätt Stokes, Codes I: 497: »Even when formalities in the embodiment of contracts are at the option of the parties, there may be a concluded binding contract, although there is an intention to put its terms into a more formal shape.»

[2] Leake, Digest s. 15, 16.

[3] Pollock, Contracts s. 43.

[4] Jfr till det följande Jul. Lassen i *T. f. R.* I: 120—135. Att dennes uppfattning icke delas eller i allt fall icke allmänt delas i Norge, se t. ex. Hagerup i *T. f. R.* VII: 32 ff., Gjelsvik, Om Vildfarelsen (1897) s. 76 ff. (egentligen riktad mot tillitsteoriens »lovhjemmel» i Norge), och att äfven inom Danmark åtskilliga ställa sig åtminstone till synes tvekande till löftesteorien, ehuru näppeligen någon till tillitsteorien, se Bentzon i *U. f. R.* 1893 s. 111, 112, N. Lassen i *U. f. R.* 1893 s. 267 ff.

Beträffande alltså först själfva hufvudstället,

> *D. L. och N. L. 5—1—1:* Een hver er pligtig at efterkomme hvis han med Mund, Haand og Segl, lovet og indgaaet haver;

så må gerna medgifvas, att hvarken kapitelöfverskriften »Om Contrakter og Forpligter» eller uttalandet i *D. L. och N. L. 1—5—2* om kontrakt såsom rättsfakta behöfver stå i strid med nämda hufvudstadgande, äfven om detta tolkas såsom betydde det, att redan »Løftet» är rättsbildande. Däremot torde det näppeligen vara så alldeles obestridligt, att orden lovet haver verkligen ådagalägga, »at der til Forpligtelsens Skabelse kun kræves en Handling fra den, der skal være Skyldner, nemlig at denne har afgivet et Løfte». Redan i ordet love, det svenska lofva, synes nämligen ligga icke blott, att löftet skall vara riktadt till en annan, eller t. o. m. hafva af honom uppfattats, utan ock att det skall vara afgifvet på föranledande af annan och till kompletterande af någon handling af denne andre. Detta föranledande får blott icke ske med våldsamma medel, såsom af *D. L. och N. L. 5—1—4* följer, där samma uttryck indgaaer eller lover noget blifvit användt. Visserligen *kan* lofva och löfte betyda ensidigt utfästande utan riktning till viss annan person (t. ex. »Bragelöfte») och motsvarar då ungefärligen votum eller pollicitatio (= löfte om gåfva till menighet) i romerskrättslig mening; men i regel torde orden närmast beteckna ett tillåtande af något, ett medgifvande åt någon, som behöfver detta för någon sin tillärnade handling[1]. »Lofva» och »löfte» är i detta sammanhang, och särskildt när ömsesidiga löften gifvas, ingenting annat än ett uttryck för *samtycket*, och det är härvid ingalunda mera märkligt, att den dansknorska lagen endast använder orden lovet og indgaaet haver, än att den franska blott omtalar le consentement de la partie qui s'oblige: i båda fallen förutsättes såsom självklart, att tillika ett tillbindande, ett fästande genom annans tillegnelse af löftet eger rum.

Också ordet indgaaet betecknar visserligen »kun en Handling fra Skyldnerens Side», men på ett ännu tydligare sätt än ordet lovet en handling, hvars väsentliga egenskap är att utgöra komplement eller motsvarighet till en annan, af den samma förutsatt och fordrad. I det af Jul. Lassen gifna exemplet kan svårligen A.

[1] Jfr ock v. Amira, Nordgerman. Obligationenrecht I: 258 ff.; II: 273, 278 ff., 382 ff., Matzen, Forelæsn. over dansk Retshist. II: 1, 165 ff.

sägas hafva »gaaet ind paa» att sälja egendomen för 130,000 kr., så vida ej B. förut gjort ett förslag därom: i motsatt händelse föreligger i anbudet om 130,000 kr. icke ett »gaaet ind paa», utan ett nytt anbud, eller må vara ett »Løfte», och ett löfte, som kan antagas, men som icke förpligtar, förrän B. »er gaaet ind paa» att betala den summan i stället för de af honom bjudna 100,000. Och då i *D. L. och N. L. 5—1—2* säges, att alle Contracter skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saa som de indgangne ere, så hänvisa ytterligare orden alle deris Ord og Puncter, sammanställda med uttrycket indgangne icke på ett af aflåtaren dikteradt, utan på ett af honom samtyckt och af annan, låt vara i samförstånd med honom, förestafvadt innehåll. Öfverallt, där indgaaet, indgaaer, indgangne förekommer, brukas dessa beteckningar för angifvande af det passiva, tillåtande samtycket.

Orden lovet og indgaaet haver synas alltså snarast häntyda därpå, att en bundenhet uppstår först, när det därtill syftande rättsärendet blifvit bragt till ett tydligt slut: tonvigten ligger måhända lika mycket på haver som på lovet og indgaaet. Och därjämte följer af lagrummets i fråga lydelse, att samverkan med annan uppenbart förutsättes. Att med Mund utfästa sig kan svårligen betyda annat än att genom muntligt löfte till närvarande annan person gifva denne en tillsägelse om sin villighet att göra något, men en tillsägelse, som för sin giltighet kräfver, att förvärfvaren ger tillkänna sitt tillegnande af den samma; skulle han afslå eller blott förblifva alldeles orörlig och synas alldeles oberörd af löftet, måste detta fattas som ett afslag; skulle han åter på något sätt visa sitt instämmande, innebär detta ett antagande; och då ettdera måste inträffa, är tydligt, att det icke är löftet utan upptagandet af löftet, som binder. Ännu tydligare framgår detta af uttrycket med Haand, i det att därmed åsyftas handslaget, hvilket icke är fullbordadt därmed, att löftesgifvaren sträcker fram sin hand mot förvärfvaren och i dennes åsyn, utan först därmed att denne »slår till» och griper den framräckta handen liksom därigenom symboliserande sitt gripande af löftet — eller ock tvärtom. Likaså är det alldeles icke den omständigheten, att man med Segl försedt en löftesurkund, som medför bundenheten, utan den, att att man med Segl lovet og indgaaet haver, d. v. s. att urkunden öfverlämnats och öfverlåtits till förvärfvaren, något som emellertid utan dennes eller annans medverkan icke låter sig göra.

En underskrevet og forseglet Contract kan måhända betraktas i analogi med de engelska deeds, men blir icke mindre därför ett aftal, just enär underskriften och beseglingen icke i och för sig äro tillräckliga, utan äfven en öfverlåtelse af dokumentet måst ske. Att enligt *D. L. och N. L. 5—1—3* endast deras underskrift fordras, mot hvilka aftalet skall gälla, bevisar heller intet för löftet såsom förpligtelsegrund — liknande stadgande finnes ju t. ex. i den franska och engelska rätten, hvilkas aftalsteoretiska ståndpunkt dock är obestridd.

Det dansk-norska kontrakts- eller aftalsbegreppet, vare sig nu detta är ett juridiskt öfverloppsbegrepp eller ej, synes i allt fall böra hänföras till gruppen formella aftalsbegrepp, såsom af uppräkningen i *D. L. och N. L. 5—1—2* framgår, hvarvid dock kontrakt möjligen brukats såsom beteckning för ömsesidiga aftalsärenden och Forpligter för ensidiga[1]. Huruvida ett anbud till dylika kontrakt och Forpligter är bindande under viss längre eller kortare tid eller ej, torde i öfverensstämmelse med hvad ofvan i afseende på tysk och schweizisk rätt framstälts, vara af mindre betydelse för frågan om löfte eller aftal såsom förpligtelsegrund. I och för sig är anbudet såsom ensidig privat dispositionsakt icke bindande, d. v. s. man kan icke ur anbudet framtolka såsom anbudsgifvarens vilja, att anbudet skall binda honom, och man kan icke, äfven om en sådan vilja i ett konkret fall kunde bevisas, på den grund frånkänna honom rätt att återtaga sitt anbud, så länge detta icke af annan upptagits, lika litet som man kan frånkänna en derelinkvent rätt att återtaga en derelinkverad sak, som ej af annan dessförinnan occuperats. Men den objektiva rätten är naturligen oförhindrad att vare sig genom lag eller sedvänja göra den inskränkning i aflåtarens dispositionsrätt, att hans anbud blir oåterkalleligt. Att emellertid förklara t. ex. ett löfte om gåfva, »naar Løftet hverken udtrykkeligt eller stiltiende kræver en Tilegnelseshandling, Akcept, fra Adressaten som Betingelse for Løftets forpligtende Kraft», för ovilkorligt bindande och i antagandet endast se en handling, den där förvandlar »Retten fra en afslaaelig til en blot opgivelig», vore i själfva verket ett urgerande af, såsom Gram riktigt säger[2], »det urimelige Resultat, at selv det forkastede Løfte var forbindende», d. v. s. aflåtarens handling skulle egentligen gå ut på ett derelinkverande inom annans maktsfer af ett visst rätts-

[1] Jfr Gram, Dansk Formueret II: 1 sid. 100.

[2] Gram, Dansk Formueret II: 1 sid. 167.

godt, icke på en öfverlåtelse, ehuru gåfvoanbudet faktiskt afsett företagandet af ett liberalt öfverlåtelseärende och ingenting annat. Skulle åter anbudet eller löftet anses så till vida vilkoradt, att ett afslående däraf skulle medföra dess återgång, så borde häraf gifvetvis, äfven om intet positivt stadgande liknande det i den preussiska Landrecht finnes, följa, att anbudsgifvaren skulle kunna af anbudstagaren fordra ett afgörande, hvilket åter i grunden ingenting annat vore än ett vilkorligt återkallande af löftet, som endast därigenom skilde sig från ett direkt återkallande, att en eventuel invändning, att tillegnelse skett, ehuru meddelande därom icke gifvits, i förra fallet med aflåtarens vilja framkallade öfverlåtelsens fullbordande, men i det senare äfven mot hans vilja en skadeståndspligt, i det att en legal oåterkallelighet blott medför, att aftalets omöjliggörande genom anbudsgifvaren ådrager denne en ersättningspligt, denna må sedan bestämmas på ena eller andra sättet, positivt eller negativt. Häremot kan naturligen *D. L. och N. L. 5—1—1* alls ingenting bevisa, då betydelsen däraf just är det som skall bevisas och dess innehåll i och för sig lika väl om ej bättre låter förena sig med aftalsteorien.

Skulle emellertid löftet och ej aftalet enligt dansk rätt utgöra det rättsbildande momentet, så är grunden härtill i allt fall icke att söka däri, att lagen endast gjort privatdispositionens faktiska verkningar till rättsverkningar, utan däri, att rättsordningen funnit nödigt att förstärka dessa verkningar genom att tillägga dem en rättslig karakter redan på ett tidigare stadium i deras faktiska utveckling. Men, äfven om den af Jul. Lassen formulerade satsen[1]: »Løftet og Indgaaelsen ere efter dansk Ret forpligtende uden Akcept», antages vara riktig — skulle ej detta helt enkelt kunna bero däraf, att »Løftet og Indgaaelsen» betecknar den antagandets rättshandling, hvarigenom *aftalet* såsom utgångspunkt för rättsförhållandet fullbordas? *D. L. och N. L. 5—1—4* tyder för visso därpå.

21.

Ännu återstår obesvarad den frågan, huruvida enligt gällande utländsk landslagstiftning ett förmögenhetsrättsligt aftal kan hafva till föremål ej blott en prästation genom en framtida handling, utan äfven en omedelbar förflyttning af ett sakligt rättsgodt, eller med

[1] Jul. Lassen, Haandbog I: 30.

andra ord, huruvida aftalets rättsverkningar äro blott obligatoriska eller äfven sakrättsliga. För besvarandet af denna fråga torde det vara lämpligast att skilja mellan två fall, allteftersom ett rättsärende icke har eller tillika har obligatoriska rättsverkningar.

Typiskt i det förra afseendet är gåfva — att löfte om gåfva verkar endast obligatoriskt, därest det öfver hufvud har rättsverkningar, ligger i sakens natur, och ingen lagstiftning torde hafva gjort våld härpå genom att tillägga ett sådant löfte omedelbar sakrättslig verkan, äfven om understundom händer, att skrifven lag låtit t. ex. ett förhandsaftal verka såsom vore det sitt eget efterföljdsaftal, jfr *Fr. C. civ. art. 1589,* eller en punktation såsom vore den slutligt aftal, jfr *Öst. A. B. G. § 885.*

Att den romerska rätten icke betraktat gåfva såsom aftal, ja näppeligen ens såsom ett tvåsidigt rättsärende eller öfver hufvud såsom särskildt rätts*ärende,* utan blott såsom rätts*handling,* — utom med afseende på löfte om gåfva genom stipulation, hvarvid dock gåfvan snarast förutsattes såsom skedd och endast verkställandet stipulerades — torde följa af hvad ofvan i andra kapitlet blifvit framstäldt. För romarne framstod gåfva egentligen såsom en möjlig causa för saköfverlåtelse, och betraktades följaktligen hufvudsakligast eller uteslutande såsom ett »wirthschaftlicher Begriff», hvartill rätten emellertid af naturliga skäl tagit och måst taga hänsyn[1]. Till följd häraf kom ej heller donatio-institutet att i rättskällorna behandlas i sammanhang med contractus eller pacta, utan i stället att intaga en alldeles fristående ställning.

Utan tvifvel har detta förhållande i sin mån inverkat på den franska Code civil, däri gåfva å ena sidan visserligen icke upptagits under den titel, som afhandlar des contrats et obligations, utan omedelbart förut och i förbindelse med testamentsbestämmelserna i tredje bokens andra titel, des donations entre-vifs et des testaments, men å andra sidan framskymtar i flere uttalanden och stadganden den uppfattningen, att gåfva är om icke ett aftal så dock ett aftalsliknande rättsärende. Den franska rättens ställning till frågan om förhållandet emellan gåfva och aftal är dock icke rätt klar[2]. Enligt *Fr. C. civ. art. 1101* är aftalet, så-

[1] Om gåfvobegreppet se Affolter i *Ar. f. bürg. R.* VIII: 41 ff.; Bekker, System II: 170 ff.; Elsa Eschelsson, Gåfva (1897) s. 4 ff.

[2] Demolombe, Cours XVIII n:o 20 ff. försvarar satsen, att »la donation est une convention qui a pour objet soit d'obliger le donateur envers le donataire soit de transferer au donataire la propriété d'une chose appartenant au donateur;

som förut utvecklats, en öfverenskommelse, som binder ena eller båda parterna till prästation, eller som skapar une obligation, och enligt *art. 1105* kallas ett rättsärende, hvarigenom l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit för contrat de bienfaisance. Exempel å ett sådant är le prêt à usage eller commodat, som enligt *art. 1875, 1876* är gratuit och medför en förbindelse för låntagaren de rendre la chose livrée après s'en être servi. Skall la donation entre-vifs likställas med ett dylikt aftal?

Redan den omständigheten, att gåfva icke medför någon obligation, — jfr dock uttrycket engager i *art. 932* — och likaså den, att gåfva betraktas såsom ett des differentes manières dont on acquiert la propriété vid sidan af l'effet des obligations, *art. 711,* tyder på att donation icke är ett aftal. Härtill kommer ock, att gåfva karakteriseras i *art. 893* såsom det enda möjliga sätt, hvarpå man inter vivos kan disposer de ses biens à titre gratuit[1], och i

> *Fr. C. civ. art. 894:* La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.

Genom orden un acte par lequel etc., hvilka ersatte de föreslagna un contrat par lequel, antydes klart, att gåfva är en rättshandling af gifvaren, genom hvilken han aktuelt afhänder sig själfva den sak, som är föremål för handlingen. Visserligen erfordras för denna handlings rättsverkan äfven l'acceptation du donataire, men häri ligger intet märkligt, då ju hvarje ofullständig rättshandling kräfver tillkomsten af ett ytterligare rättsfaktum, hvars inträde gör den afsedda faktiska ändringen definitiv och därmed rättsgiltig. I och för sig bevisar därför kravet på acceptation icke, att här är fråga om aftal. Och därjämte är den acceptation, hvarom här talas, men hvarom aftalsläran i lagen ingenting

donc, la donation entre-vifs est un contrat.» Det är emellertid betecknande att, såsom Demolombe tillika omtalar, ur lagförslaget till Code Napoléon enligt förste konsulns vilja och utan protester ströks den formulering, som uttryckligen förklarade, att la donation entre-vifs est un contrat — förste konsuln's sens commun ledde honom därvid utan tvifvel in på rätt väg.

[1] Genom ett contrat de bienfaisance disponeras visserligen à titre gratuit öfver en sak, men ej i den mening, hvari disposer här tages, nämligen af öfverlåtelse af dispositionsmakten såsom egare.

innehåller, i grunden icke ett antagande af ett anbud utan ett mottagande af en erbjuden sak, vare sig animo et corpore eller blott animo, under det att antagandet af ett obligatoriskt aftalsanbud innebär ett pålägg eller ett samtycke eller båda delarne.

Trots allt detta heter det i

> *Fr. C. civ. art. 931:* Tous actes portant donation entrevifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats; — och i
> *Fr. C. civ. art. 938:* La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition; (jfr dock om transcription *art. 939* ff.).

Denna *art. 938* motsvaras inom lagens aftalslära i hufvudsak af *art. 1138,* hvarom mera i det följande; dock heter det i den senare icke le seul consentement des parties, utan le seul consentement des parties contractantes. Att consentement äfven i den franska liksom i den romerska rätten kan ega flere betydelser, lärer ej kunna förnekas, och att le consentement i i *art. 938 och 1138* tagits i betydelsen af samförstånd mellan parterna, men i *art. 1108* med afseende på aftalets åvägabringande i betydelsen af samtycke, torde ock vara tydligt. På sin höjd skulle därför användandet af detta uttryck i *art. 938* kunna tydas därhän, att les donations äro tvåsidiga rättsärenden. Men denna tydnings riktighet medgifven, följer månne däraf, att donations äro contrats? Är samförståndet ett specialmärke för aftal till skilnad från andra tvåsidiga rättsärenden? Och kan, under sådana förhållanden, *art. 931* åberopas såsom stöd för uppfattningen, att donations äro contrats, eller är den icke fast mera endast ett stadgande, att rättsärenden, som innebära gåfva, eller hvilkas grund är gåfva, skola erhålla skriftlig form devant notaires på samma sätt, som i allmänhet är föreskrifvet i fråga om sådana rättsärenden, hvilka benämnas aftal? Ett bestämdt svar härpå torde den franska lagstiftningen ej kunna gifva, lika litet som den belgiska.

Bestämdare är däremot den italienska rätten, som utlämnat och undvikit alla de uttryck och stadganden, hvilka i de franska och belgiska Codes civils äro ägnade att stödja uppfattningen af gåfva såsom aftal. Sålunda kallas la donazione i *It. C. civ. art.*

1050 un atto di spontanea liberalità, som visserligen fordrar mottagande af den, åt hvilken gåfvan gifvits, de donatario, che l'accetta, men som enligt *art. 1056* icke säges behöfva aftalets form, ehuru den bör ske per atto pubblico. Och *It. C. civ. artt. 1057, 1062,* som motsvara *Fr. C. civ. artt. 932, 938,* hafva intet till det franska consentement svarande uttryck, utan stadga blott, att la donazione debitamente accettata è perfetta tra le parti och att tradition ej erfordras.

Klarheten i den italienska Codice civile återfinnes ej i den spanska Código civil, i det att *Sp. C. civ. art. 621* upprepar *Fr. C. civ. art. 931* och till gåfva inter vivos utsträcker giltigheten af las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título; under det att å andra sidan *Sp. C. civ. art. 622* närmare bestämmer detta förhållande därhän, att gåfva con causa onerosa behandlas efter reglerna för aftal, men las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.[1]

Otvetydiga, men i annan riktning än Italiens, äro Portugals och Nederländernas civillagböcker. Att den portugisiska rätten i

> *Port. C. civ. art. 1452*[2]: Doação é um contracto, por que qualquer pessoa transfere a outrem gratuitamente uma parte, ou a totalidade de seus bens presentes,

angifvit gåfva såsom ett öfverlåtelseaftal och därjämte gifvit stadgandena härom den plats i lagboken, som de faktiskt erhållit, nämligen i aftalslärans speciella del, står i full öfverensstämmelse med dess all-

---

[1] Enligt Levé, Code civil espagnol s. 129 ff. lyder i fransk öfversättning *Sp. C. civ. art. 621:* »Les donations, qui doivent produire leurs effets entre vifs, seront régies par les règles générales des contrats et obligations, pour tout ce qui n'est pas précisé dans ce titre;» *art. 622*: »Les donations avec charge seront régies par les règles des contrats, et les donations rémunératoires par les dispositions du présent titre, pour ce qui concerne la portion excédant la valeur de la charge imposée;» *art. 623*: »La donation est parfaite du moment où le donateur connaît l'acceptation du donataire.» Jfr ang. fullbordandet af gåfva *artt. 632, 633,* enligt hvilka tradition är nödvändig vid muntlig gåfva de cosa mueble och i brist däraf utan all giltighet, till dess såväl aflåtelsen som mottagandet skriftligen förklarats; rörande cosa inmueble gälla liknande föreskrifter som i *Fr. C. civ. art. 932.*

[2] Lyder i fransk öfversättning enligt Lepelletier, Code civil portugais s. 279: »La donation est un contrat par lequel une personne transfère gratuitement à une autre tout ou partie de ses biens présents».

männa aftalsbegrepp och är sålunda intet märkligt; ett motsatt förhållande hade snarare så varit. — Af större intresse är det däremot, att äfven den nederländska rätten upptagit gåfva bland de i tredje boken behandlade olika kontraktsarterna. Definitionen lyder enligt *Ned. B. W. B. art. 1703*[1]:

> Schenking is eene overeenkomst, waarbij de schenker, bij zijn leven, om niet en onherroepelijk eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde die hetzelve aanneemt. —

Emellertid torde en närmare granskning af detaljbestämmelserna gifva vid handen, att den nederländska rätten härvid egentligen tänkt på löfte om gåfva och sålunda genom *art. 1703* uteslutit möjligheten af gåfvoutfästelse såsom rättsgiltig utan tillegnelse medels aftal. Detta följer dels af lagens allmänna stadganden om aftalets rättsverkningar (hvarom mera nedan), dels af den uttryckliga föreskriften i

> *Ned. B. W. B. art. 1719*[2]: Geene schenking, uitgezondered degene waarvan bij artikel 1724 wordt gehandeld, kan op straffe van nietigheid anders gedaan worden dan bij eene notariele akte, waarvan de minuut onder den notaris is verbleven.
>
> *Ned. B. W. B. art. 1723*: De eigendom der in de schenking begrepene goederen wordt, zelfs waaneer die schenking behoorlijk is aangenomen, niet door den begiftigde verkregen, dan door middel van de overdragt, gedaan overeenkomstig artikel 667, 668 en 671.
>
> *Ned. B. W. B. art. 1724:* De giften van hand tot hand, van roerende, ligchamelijke voorwerpen, of van schuldvorderingen aan toonder, vereischen geene akte,

[1] I fransk öfversättning enligt Tripels, Codes neerlandais s. 280: »La donation est un contrat par lequel le donateur se dépouille de son vivant gratuitement et irrévocablement de la chose, donnée en faveur du donataire qui l'accepte.»

[2] Lyder i fransk öfversättning enligt Tripels, a. a. s. 281 ff. »Toute donation, excepté celle dont il est parlée à l'article 1724, ne peut être faite que par acte passé devant notaire, qui en gardera la minute, sous peine de nullité;» *art. 1723:* »La propriété des biens compris dans la donation, même dûment acceptée, ne sera acquise au donataire que par la tradition faite en conformité des articles 667, 668 et 671;» *art. 1724:* »Les dons manuels d'objets mobiliers corporels et d'effets au porteur seront valables sans acte, et par la seule délivrance faite au donataire, ou à un tiers qui accepte pour lui.»

> en zijn van kracht door de enkele overlevering aan de begiftigde, of aan eenen derde, die het gegevene voor hem aanneemt.

Genom dessa bestämmelser, och särskildt *art. 1724*, är tydligt, att lagen i själfva verket med Schenking måste mena aftal om gåfva, men ej själfva den rättshandling, hvarigenom gifvarens förmögenhet frivilligt och utan vederlag minskas och mottagarens ökas [1], eller hvarigenom enligt legaldefinitionen i *art. 1703* gifvaren utan vederlag och definitivt afhänder sig ett rättsgodt till mottagaren; genom aftalet uppkommer, där det samma erhållit behörig form, endast ett anspråk på öfverlåtelse af det ifrågavarande rättsgoda, men öfverlåtelsen själf har icke därigenom kommit till stånd. Aftalet skapar visserligen på detta sätt en fordringsrätt, men det är icke denna *fordran*, som egentligen utgör föremålet för gåfvan, utan den sak, hvars öfverlåtande blir föremål för fordringsrätten och som alltså är prästationsobjekt i skuldförhållandet, och därför kan aftalet svårligen sägas vara annat än ett aftal om gåfva, men gåfvan själf såsom rättshandling intet aftal, utan såsom i den romerska rätten blott causa för en öfverlåtelse genom tradition.

Den schweiziska förbundsrätten har icke närmare reglerat gåfvoinstitutet; men då *Schw. B. O. R. art. 10* hänvisat frågan om formen för gåfva till den kantonala lagstiftningen, torde däraf kunna slutas, att den åtminstone ansett möjligt att betrakta gåfvan såsom aftal med obligerande rättsverkan. Och enligt schweizisk rättspraxis äro föreskrifterna i *art. 199* angående egendomsöfverlåtelse an beweglichen Sachen äfven tillämpliga å gåfva [2], hvadan tradition fordras för gåfvans fullbordande. Beträffande åter fast egendom är kantonalrätten afgörande. De franska kantonerna intaga med afseende å sådan gåfva i allmänhet en modifierad franskrättslig ståndpunkt, så att skriftlig form principiellt fordras, men undantag göres för omedelbar gåfva i vissa fall; eganderätten till skänkt fast egendom öfvergår stundom med aftalets, stundom med inskrifningens fullbordande. Bland de öfriga kantonrätterna skiljer den bernska och luzernska mellan Schenkungsvertrag och Schenkung von Hand zu Hand och betecknar den förra såsom »das rechtliche Geschäft, infolge welches sich jemand verpflichtet einem andern eine Sache unentgeltlich zu übertragen».

[1] Jfr Elsa Eschelsson, Gåfva, s. 64.

[2] Schneider, Schweiz. Oblig. Recht I: 337 Anm. 6.

Endast om ett sådant aftal objektiveras medels en angående det samma upprättad urkund, som tillika ådagalägger att gåfvolöftet accepterats, kan ett rättsanspråk på verkställighet uppstå. I Solothurn åter fordras för gåfvas giltighet tradition eller åtminstone aflåtande af en skriftlig förbindelse till mottagaren; likaså i Zürich och Schaffhausen, hvaremot i Baselstadt ett gåfvolöfte »begründet kein Klagrecht auf Erfüllung».[1]

Såsom aftal betraktas gåfva äfven i österrikisk och nytysk rätt, men faktiskt med samma begränsning som i den nederländska, så att stadgandena egentligen afse aftal om gåfva, men icke göra gåfva till aftal, ehuru de förekomma i den del af de resp. lagverken, hvilken handlar om de särskilda aftalstyperna. — Oaktadt det sålunda heter i

> *Öst. A. B. G. § 938:* Ein Vertrag, wodurch eine Sache jemanden überlassen wird, heisst eine Schenkung;

följer likväl af föreskrifterna om detta aftals form i

> *Öst. A. B. G. § 943:* Aus einem bloss mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht. Dieses Recht muss durch eine schriftliche Urkunde begründet werden (: notariatakt enligt lag af 25 Juli 1871[2]),

att det icke är die wirkliche Uebergabe, som betraktas såsom aftal, utan endast dels samförståndet, som dock allena ej förmår skapa rätt eller gifva Klagerecht, dels det därpå hvilande pålägget genom löftets upptagande i en urkund.

Denna uppfattning bekräftas hvad tysk rätt angår uttryckligen af motiven till den nytyska rätten, som definierar gåfva i

> *Ty B. G. B. § 516: 1:* Eine Zuwendung, durch die Jemand ans seinem Vermögen einen Anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Theile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Om än här termen Vertrag icke användts, visar dock sammanhanget och platsen i lagboken, att enligt lagförfattarnes mening ett aftal skall anses föreligga[3]. Enligt denna mening består nämligen gåfva af två element, »einen objektiven, das dingliche Uebertra-

---

[1] Se härom Huber, System III: 680 ff., 688 ff., 691 ff., 694, 779.

[2] Se v. Schey, Bürg. Gesetzbuch s. 379, Anm. vid § 943; Schuster v. Bonnott, Grundriss s. 71.

[3] Se Haidlen, Bürg. Gesetzbuch I: 578 ff.

gungsgeschäft, dessen Inhalt sich nach dem Gegenstande der Uebertragung bestimmt, und einen subjektiven, das Einverständniss der Parteien, dass die durch den dinglichen Uebertragungsakt erzeugte Vermögensverschiebung unentgeltlich, schenkweise erfolgen solle.» Gåfva såsom aftal visar sig med andra ord i grunden vara identiskt med samförståndet om aflåtelsesyftet, men detta samförstånd i och för sig åstadkommer ingen gåfva såsom verklig Zuwendung; och då denna öfverenskommelse förklaras vara gåfva, så blir resultatet följaktligen, att det, som enligt vanligt föreställningssätt och det allmänna gåfvobegreppet är gåfva, nämligen den frivilliga öfverlåtelsen af saken utan vederlag, endast blir en verkställighetsakt till gåfvoaftalet, icke till den ensidiga aflåtelsen, ty denna är ännu icke gåfva, utan blott anbud till ett aftal om gåfva.

Emellertid har lagen här trasslat in sig i teoretiska spekulationer, och måst medels fiktioner hjälpa sig ur dem såsom framgår af fortsättningen i

> *Ty. B. G. B. § 516: 2:* Ist die Zuwendung ohne den Willen des Anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablaufe der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der Andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

Emedan det icke är nog, att gåfvotagaren mottagit saken, utan han ock måste förklara sig enig med gifvaren därom, att vederlag ej skall gifvas — det är som sagt »der Vertrag über die causa», som är Schenkung — har lagen måst möjliggöra för gifvaren att få gåfvoärendet bragt till definitivt slut och därför tillagt honom rätt till svar från mottagaren äfvensom uppställt den präsumptionen, att uteblifvet svar, för hvars afgifvande en präklusiv frist blifvit dispositivt satt, skall tolkas såsom antagande. Med andra ord, här föreligger ett af de fall, där, såsom Jul. Lassen uppvisat, i verkligheten icke föreligger något aftal, enär antagandet icke är något antagande. Löfte om gåfva fordrar emellertid ej blott verkligt antagande utan ock gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens, (icke öfver antagandet), *§ 518: 1, jfr § 128*, men bristande form kan ersättas durch die Bewirkung der versprochenen Leistung, *§ 518: 2*. Ett dylikt

antaget gåfvolöfte är gifvetvis aftal, men själfva öfverlåtelsen är, såsom i det följande skall visas, icke aftal, och då lagen ej heller direkt kallat gåfva för aftal utan endast anger, såsom ock i motiven säges, att gåfvan i sig innesluter ett s. k. aftal, torde man ega fog att å gåfva i dess allmänna betydelse undvika benämningen aftal.

Den tyska rätten innehåller för öfrigt inga särskilda bestämmelser rörande antagandets rättshandling vid gåfvoaftal, såsom eljes icke är ovanligt i de lagstiftningar, som i likhet med denna upptagit gåfva såsom aftal. För så vidt dessa lagstiftningar verkligen fasthållit sin uppfattning, torde man vara berättigad att äfven, om än med varsamhet, tillämpa de rörande gåfvoaftals perfektion gifna reglerna å aftal i allmänhet, så vidt man nämligen däri kan se uttryck för en allmän princip. Sådana bestämmelser innehållas i *Fr. et Bel. C. civ. art. 932, Sp. C. civ. artt. 623, 629, 633, Port. C. civ. artt. 1456, 1466, Ned. B. W. B. art. 1720,* äfvensom i *It. C. civ. art. 1057*, samtliga utom den portugisiska uttalande, att gåfva är såsom rättsärende fullbordadt först när gifvaren erhållit kännedom om antagandet; den portugisiska åter fastslår för gåfvoärenden fullbordandet af antagandets rättshandling, desde que forem acceitas, såsom terminus a quo för rättsverkningarna utan att ingå i undersökning af frågan när detta skett: härom gälla alltså de allmänna regler, som denna lagstiftning har såsom förut nämdt gifvit, se *art. 649 ff.*

Hvad slutligen beträffar anglikansk rätt, så torde endast behöfva erinras därom, att gift såsom executed icke är contract i egentlig mening, och såsom executory endast i form af deed: såsom voluntary parol gift är gåfva ej af rätten erkänd såsom enforceable by law, så framt ej consideration föreligger, i hvilket fall gåfvan dock upphör att vara gift och blir grant om executed, men contract om executory. Gåfvohandlingar hafva alltså, såsom Kent säger[1], »no reference to the future, and go into immediate and absolute effect». Faktisk öfverlåtelse är för giltigheten af »a parol gift of a chattel or chose in action» nödvändig, och gåfva sammanfaller därför med omedelbara öfverlåtelser i allmänhet, bestående af gifts and conveyances, hvarom skall i det följande vidare handlas[2].

[1] Se Kent, Americ. Law II: 545 ff., Blackstone-Kerr, Commentaries II: 450 ff.
[2] Anson, Principles s. 3.

22.

Enligt Blackstone[1], hvars framställning af Kent upptagits såsom giltig äfven med afseende å amerikansk rätt[2], kan ett kontrakt vara antingen »*executed*, as if A. agrees to change horses with B., and they do it immediately; in which case the possession and the right are transferred together: or it may be *executory*, as if they agree to change next week; here the right only vests, and their reciprocal property in each other's horse is not in possession but in action; for a contract *executed* (which differs in nothing from a grant) conveys a *chose in possession;* a contract *executory* conveys only a *chose in action*». Det enda gemensamma för dessa båda former af contracts är the agreement, hvilket dock i och för sig icke medför någon som helst rättsverkan och alltså väl kan öfversättas med samförstånd: vid an executed contract är det the delivery, vid ett executory contract åter the agreement upon a sufficient consideration, som principielt utgör det rättsbildande momentet. Också sammanfalla executed contracts med grants, hvilka skilja sig från gifts därigenom, att »gifts are always gratuitous, grants are upon some consideration or equivalent», men likna gifts därutinnan, att båda äro »acts of transferring the right and the possession of chattels», hvaremot executory contracts i egentlig mening äro blott obligerande aftal[3].

Skilnaden mellan executed and executory contracts plägar emellertid ej lika starkt betonas i den nyare litteraturens aftalslära, utan här framstår the contract gemenligen såsom endast executory: »the specific mark of contract is the creation of a right, not to a thing, but to another man's conduct in the

[1] Blackstone-Kerr, Commentaries II: 453, 454.

[2] Kent, Americ. Law II: 561.

[3] Jfr Blackstone-Kerr Commentaries II 450—452: »But if the gift does not take effect by delivery of immediate possession, it is then not properly a gift, but a contract; and this a man cannot be compelled to perform but upon good and sufficient consideration»; och tillvaron af en bestämd consideration »will in the eye of the law, convert the gift, if executed, into a grant; if not executed, into a contract»; en verklig eller såsom det heter »a true and proper gift or grant is always accompanied with delivery of possession». Se ock Kent, Americ. Law II: 544, 560, 561.

future»[1]. Dock framhåller t. ex. Benjamin[2] med afseende å köp och försäljning, att rättsverkningarna af ett dylikt rättsärende äro olika, alltefter som detta är ett executed eller ett executory agreement: »in the one case A. sells to B.; in the other he only promises to sell», hvarmed enligt sammanhanget icke förstås ett pactum de contrahendo, utan ett obligerande köpeaftal; båda ärendena benämner han emellertid contracts och tager alltså detta ord i den äldre, mera omfattande betydelsen af agreement, hvilken Pollock, Anson och andra anse oegentlig.

Äfven desse antaga dock, att om blott en obligation uppstår, ett contract äfven då föreligger, när detta i förhållande till den ena parten måste anses vara redan executed, hvilket åter sammanhänger med skilnaden mellan executory och executed consideration. Att the consideration betecknas såsom executed eller executory, vill säga, att aftalet kan vara såväl blandadt som rent, men att dess aftalskarakter blott beror af tillsägelsen. Är nämligen the consideration i sig själf a promise (= antaget anbud), alltså i förhållande till tillsägelsen a counter-promise, kallas den executory och aftalet är rent ömsesidigt, hvaremot den consideration, som består in performance eller omedelbart utförande af något, alltså i omedelbar aflåtelse icke i tillsägelse, kallas executed, och gör aftalet till blandadt ömsesidigt; eger åter å ömse sidor performance samtidigt rum, så kan väl sägas föreligga att »agreement in the wider sense, but there is no obligation and no contract[3]».

På ett synnerligen påtagligt sätt har denna uppfattning framträdt i lagstiftningen rörande köp och försäljning samt öfverlåtelse.

---

[1] Se Pollock, Contracts s. 1, 2, 658, 659, där det påpekas, att agreement och icke contract är den riktigare öfversättning af den tyska termen Vertrag, som »covers a much wider field than that of contract in any proper sense», nämligen äfven t. ex. conveyances of property etc. Och med riktig känsla af hvad här behöfves, tillägger författaren: »Now the use of the more general notion of Vertrag as Savigny himself explains, is not to clear up anything in the learning of contracts. It is to bring out the truth that other transactions which are not contracts, or which are more than contracts, have in common with them the character of consent being an essential ingredient» — consent, här tydligen lika med agreement. Jfr ock Anson, Principles s. 3.

[2] Benjamin, Sale, s. 3, 4, 248 ff.

[3] Pollock, Contracts s. 166, 167; jfr Leake, Digest. s. 6, 7, 35 ff., Anson, Principles s. 1—9.

Så skiljer *The sale of goods act,* (56 & 57 Vict. c. 71)[1] mellan sale och agreement to sell, ehuru den sammanfattar båda under benämningen contract of sale: Where under a contract of sale the property in the goods is transferred from the seller to the buyer the contract is called a sale, but where the transfer of the property in the goods is to take place at some future time, or subject to some condition thereafter to be fulfilled, the contract is called 'an agreement to sell'. Såsom Anson härtill anmärker, blir emellertid resultatet, terminologien till trots, att så snart förutsättningarna för a sale föreligga, så verkar the contract »as a *conveyance*», och skilnaden mellan a sale och an agreement to sell blir faktiskt den samma som mellan a conveyance och a contract, låt vara att här något dokument icke alltid föreligger.[2]

På samma sätt förhåller det sig i den angloindiska lagstiftningen om sale of goods och transfer of property, hvilken torde i hufvudsak öfverensstämma med den engelska. Sålunda heter det i

> *Ind. C. A. sec. 77:* 'Sale' is the exchange of property for a price. It involves the transfer of the ownership of the thing sold from the seller to the buyer.

Men skulle man häraf vilja sluta, att det är köpe-*aftalet* som medför eganderättens öfvergång, så är först och främst det närmast följande stadgandet i

> *Ind. C. A. sec. 78:* Sale is effected by offer and acceptance of ascertained goods for a price, or of a price for ascertained goods, together with payment of the price or delivery of the goods; or with tender, part-payment, earnest or part-delivery; or with an agreement, express or implied, that the payment or delivery, or both shall be postponed. — Where there is a contract for the sale of ascertained goods, the property in the goods sold passes to the buyer when the whole or part of the price, or when the earnest, is paid, or when the whole or part of the goods is delivered. — If the par-

[1] Se härom Anson, Principles s. 76 ff.

[2] Neville Tebbutt i *Encycl. of Engl. Laws* art. Conveyancing Practice: »Conveyancing is the art of transferring legal rights to property from one person to another by means of documents». — Genom ett flertal lagar sedan 1874 har the conveyancing betydligt förenklats och lättats emot hvad förut gälde.

> ties agree, expressly or by implication, that the payment or delivery, or both, shall be postponed, the property passes as soon as the proposal for sale is accepted;

väl egnadt att väcka vissa tvifvel om riktigheten häraf, helst sale of goods egentligast synes afse realköp med omedelbart traderande, om än icke naturalköp med äfven kontant betalning. Detta bekräftas ock af stadgandena rörande öfverlåtelse af immoveable property i

> *Ind. Transf. of Prop. Act* (*1882*) *sec. 54:* 'Sale' is a transfer of ownership in exchange for a price paid or promised or part-paid and part-promised. — — — —
>
> A contract for the sale of immoveable property is a contract that a sale of such property shall take place on terms settled between the parties. — It does not, of itself, create any interest in or charge on such property.

Den act of parties, hvarigenom transfer of property, whether moveable or immoveable, (jfr öfverskriften till ch. II af *Ind. Transf. of Prop. Act*) åvägabringas, är följaktligen icke det ömsesidiga aftalet, the promise and counter-promise, eller tillsägelsen angående vare sig priset eller varan, utan först den handling[1], hvarigenom tradition af saken eller betalning af priset sker helt eller delvis, eller genom samförstånd mellan parterna traditionen eller betalningen eller båda blifva postponed, eller, vid öfverlåtelse af fast egendom i allmänhet, urkunden därom registreras.

Obestridligt är sålunda, att ett contract i egentlig mening eller ett agreement to sell, a contract for sale, endast medför obligatoriska rättsverkningar[2], men ifrågasättas kan å andra

---

[1] Öfverlåtelser och upplåtelser kunna, där ej annorlunda är stadgadt, ske genom en aflåtarens muntliga eller skriftliga förklaring, som dock icke är eller ens betecknas såsom aftal, jfr *Ind. Transf. of Prop. Act sec. 9.*

[2] Detta bekräftas ock däraf, att ett dylikt aftal icke förhindrar den sålda sakens försäljning ånyo till annan köpare utan att den förste köparen därigenom får rätt att af den andre fordra sakens utlämnande »by suing in trover», utan endast en rätt till skadestånd af säljaren, se härom Leake, Digest s. 250, 260, 715, Benjamin, Sale s. 774, 775, 867 ff., 885 ff. — Och kanske ännu mer betecknande är den omständigheten, att äfven om saken icke blifvit ånyo såld, köparen icke har någon ovilkorlig rätt att af säljaren fordra dess öfverlåtande utan endast ett skadestånd, eller ock under vissa förutsättningar att hos domstol ansöka om s. k. specific performance, hvilken ansökning dom-

sidan, huruvida ej i själfva verket de sakrättsliga verkningarna af a sale grunda sig uteslutande eller företrädesvis på ett parternas privatdispositiva agreement såsom ett aftal. Klart är visserligen, att det agreement, hvarpå man i så fall skulle kunna tänka, icke är själfva the agreement to sell, ty detta öfverför enligt lagen icke sakrätt, utan det måste vara ett agreement af annan beskaffenhet och med annat innehåll, nämligen det agreement, hvarigenom the sale såsom executed contract kommer till stånd utan tradition, d. v. s. parternas öfverenskommelse, att säljaren fortfarande skall hafva den sålda saken i besittning och förvar eller under annan titel, ehuru eganderätten tänkes hafva öfvergått till köparen. Här synes det, om någonsin, vara parternas aftal allena, som öfverför sakrätt, t. ex. the agreement, that the delivery shall be postponed, och ännu mer det agreement, som ingår i hvarje rättsärende, hvilket på grund af sin beskaffenhet af lagen omedelbart karakteriseras såsom a sale, utan att några extra viljeförklaringar behöft afgifvas.

Emellertid torde det endast skenbart så förhålla sig. Först och främst är nämligen att märka, det den öfverenskommelse, hvarigenom a sale kommer omedelbart till stånd utan tradition, måste uppfylla vissa legala fordringar: »to constitute *a sale* the goods sold must be *specific*, they must be *in a deliverable state*, and the sale must be *unconditional*»[1] — eller med andra ord tradition skall *kunna* när som helst ega rum. Är detta händelsen, öfvergår eganderätten omedelbart efter rättsärendets fullbordande till köparen i enlighet med lagens uttryckliga stadgande. Men hvarför? Utan tvifvel, emedan lagstiftningen här präsumerat parternas vilja vara sådan. Detta uttryck är dock tvetydigt. Går nämligen viljan, såsom förut är framställdt, mindre eller alls icke ut på *rätts*förvärf, utan framför allt på *sak*förvärf, så är tydligt, att parternas vilja i nämda fall egentligen måste antagas vara den, att säljaren fortfarande skall vara detentor, men köparen ega att fritt disponera öfver saken[2], något som i ännu högre grad fram-

stolen eger att med en viss frihet diskretionärt pröfva; se om specific performance *Ind. Specific Relief Act (1877) part II. ch. 2*, jfr Pollock, Contracts s. 30 ff., Leake, Digest s. 959 ff., Anson Principles 319 ff.

[1] Anson, Principles s. 77; jfr Benjamin, Sale s. 252 ff.

[2] Vid contracts for sale af fastighet betraktas från aftalets ingående säljaren såsom »in equity a trustee of the estate for the purchaser, and the purchaser a trustee of the purchase money for the vendor» — se Manson i *Encycl. of Eng. Laws* art. Conversion of Property, ehuru här eganderätten ej öfvergått med aftalet.

träder, när ett särskildt, tyst eller uttryckligt, agreement, that the delivery shall be postponed, blifvit ingånget. Men *detta* såsom privatdisposition innebär så långt ifrån ett öfverförande af eganderätten *genom* öfverenskommelsen, att öfverenskommelsen härom tvärtom juridiskt *förutsätter* eganderättens öfvergång såsom redan fullbordad. Säljaren kan nämligen ej vara detentor, utan att egaren traderat saken, men köparen såsom egare kan icke tradera utan att först själf hafva fått saken till sig traderad af säljaren. Denna dubbla tradition fram och åter undvika parterna naturligen, då den samma för dem icke har något praktiskt intresse, och rättsordningen fogar sig efter dessa faktiska förhållanden, i det att den tillåter ett constitutum possessorium genom att, så snart den konstaterat eller präsumerat följden, sakens detention af säljaren, äfven förklara grunden, köparens eganderätt, verkligen vara för handen. Teoretiskt ställer sig saken följaktligen så, att rättsordningen vid öfverenskommelsens rättsfaktum knyter eganderättens öfvergång icke såsom rättsverkan, utan såsom rättslig förutsättning, och tillika af nämda rättsfaktums existens expostfacto sluter till äfven förutsättningens existens. Parterna kunna genom aftal åvägabringa hvilka rättsförhållanden i egentlig mening sins emellan de vilja, och om genom deras disposition ett förhållande uppstår, hvars förutsättning är, att en omflyttning af den förut bestående eganderätten till en viss sak egt rum, så kan och bör lagen, där detta ej skett in fraudem legis eller förändringen kräfver en viss form för sitt åvägabringande, anse det nya rättsförhållandets tillvaro giltig, h. e. förutsättningarna existenta. Denna konstruktion synes mig vara den enda, som utan att göra våld på parternas privatdisposition, hvilken här icke kan gå ut på och aldrig går ut på sak*rätts*öfverlåtelse, d. v. s. en rättsändring äfven med afseende å förhållandet till tredje man, likväl tager behörig hänsyn till de faktiska företeelserna och deras innebörd. Men i så fall är det icke heller här aftalet, som medför sakrättsliga verkningar. Aftalet ger allenast property in action, icke property in possession, men blott den, som är entitled to the possession of specific property kan recover the possession[1].

Beträffande slutligen alienation by deed, så är visserligen obestridligt, att öfverlåtelser och upplåtelser särskildt i fråga om

[1] Se *Ind. Specific Relief Act part II ch. 1.* — Jfr Blackstone-Kerr, Commentaries II: 450, III: 152 ff., 161 ff.

fast egendom åvägabringas genom deeds, men detta är ingalunda liktydigt med öfverlåtelsens eller upplåtelsens grundande på kontrakt eller aftal. Med deeds förstås nämligen icke blott contracts under seal, ehuru alla sådana äro deeds, utan äfven alla till autentiskt fixerande och bevisande af en faktisk tilldragelse, en företagen akt eller handling upprättade urkunder[1]. Sålunda fullbordas en öfverlåtelse, resp. upplåtelse, af jordegendom genom uppsättande af en handling härom, deed, som endast för så vidt den samma skapar en fordringsrätt och innehåller stipulationer för framtiden, normer för parternas inbördes förhållande med afseende på saken, kan kallas ett kontrakt[2]. Klart kommer detta till uttryck däri, att dylika i deeds innehållna agreements betecknats med ett särskildt, deras aftalskaraktär betonande namn, nämligen covenants. Med covenants torde i allmänhet menas hvarje i ett skriftligt aftal eller annan skriftlig gemensamhetsakt af hvad slag det vara må ingående samförstånd och tillsägelse, agreement, rörande ett visst handlande i framtiden, eller med andra ord ett med ett genom deed fullbordadt rättsärende förenadt separat- eller biaftal: »A promise contained in a deed is specially called a *covenant*, also a *special* contract or contract *by specialty*»[3]. Oafsedt detta var åtminstone i den äldre rätten »the mere words of the deed» icke tillräckliga att fullborda en öfverlåtelse, utan fordrades därjämte »a very material ceremony to be performed, called *livery of seisin*»; utan besittningstradition blef ett faktiskt innehaf blott prekärt[4]. I senare tid har registre-

[1] Om alienation by deed se Blackstone-Kerr, Commentaries II: 291 ff., Kent, Americ. Law IV: 479 ff.; jfr rörande nyare lagstiftning: Neville Tebbutt i *Encycl. of Engl. Laws* art. Conveyancing Practice; äfvensom därsammastädes; art. Conveyancing Acts.

[2] Jfr Leake, Digest s. 112: »Contracts under seal are formed by a deed sealed and delivered. They involve agreement inasmuch as the parties by executing the deed agree to the matter contained in it; but they derive their legal effect from the formality of the deed which is used to witness the agreement, and not, like simple contracts, from the mere fact of agreement».

[3] Jfr Leake, Digest s. 121, 196 ff.; om olika slag af covenants se s. 119, 564 ff.; om »covenants running with land» se s. 1037 ff.

[4] Se Blackstone-Kerr II: 307 ff.; jfr ock om »bargain and sale» s. 336: »A thirteenth species of conveyance, introduced by this statute, is that of a *bargain and sale* of lands; which is a kind of a real contract, whereby the bargainor for some pecuniary consideration bargains and sells, that is, *contracts to convey*, the land to the bargainee; and becomes by such a bargain trustee for, or seised to the use of, the bargainee; and then the statute of uses com-

ring börjat träda i stället, men i intet fall tillägges alltså aftalet såsom sådant sakrättslig verkan.

Äfven den nytyska rättens ställning till frågan om aftalets rättsverkningar och därigenom om aftalsbegreppets omfång är ganska märklig, ehuru i sig något oklar till följd af den motsägelse mellan den motiverande teorien och själfva lagtexten, som här föreligger.

Civillagbokens allmänna stadganden om aftal hafva införts icke i den afdelning däraf, som handlar om Schuldverhältnisse, utan i den så kallade allmänna delen, och afse sålunda tydligtvis att reglera alla de aftal, hvilka möjligen förekomma i lagens specialafdelningar, ej blott de obligationsrättsliga aftalen enligt *Ty. B. G. B. § 305.* Sådana andra aftal omtalas ock, t. ex. i *§ 2274* Erbverträge, i *§ 1432*, Eheverträge o. s. v., däremot känner lagtexten inga »dingliche Verträge», och har, hvad förmögenhetsrätten angår, upptagit endast Verträge zur Begründung und Aenderung eines Schuldverhältnisses, *§ 305.* Detta utesluter emellertid icke utan vidare möjligheten vare sig däraf, att lagen kunnat i särskilda fall tillägga de obligerande aftalen sakrättsliga verkningar eller behandla de rättsärenden, hvilka medföra sådana sakrättsverkningar, såsom aftal; och frågan blir alltså, huruvida detta verkligen skett eller icke skett.

Principielt skiljer Bürgerliches Gesetzbuch skarpt mellan dingliche und obligatorische Rechtsgeschäfte, och frånkänner det obligerande aftalet all sakrättslig verkan; i kraft af skuldförhållandet är borgenären blott berättigad vom dem Schuldner eine Leistung zu fordern, *Ty. B. G. B. § 241,* och genom det obligerande aftalet uppkommer allenast ett egentligt rättsförhållande mellan kontrahenterna inbördes. Likaså är das dingliche Rechtsgeschäft fullständigt oberoende af hvarje möjlig obligatorisk causa och öfver hufvud hvarje fristående rättsgrund eller titulus, så att en eventuell ogiltighet hos denna alldeles icke gör det förra såsom särskild modus acquirendi kraftlöst, därest det i och för sig är behörigen fullbordadt[1]. Å andra sidan und-

pletes the purchase; or as it has been well expressed, the bargain first vests the use, and then the statute vests the possession» (Statute of Uses 27 Hen. VIII. c. 10: »for transferring uses into possession»); jfr ofvan s. 194 not 2.

[1] I så fall kan »die Rückgängigmachung der Wirkungen des dinglichen Rechtsgeschäftes» endast »nach Massgabe der Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812—822) gefordert werden, also im Wege des persönlichen Anspruches»: se äfven i öfrigt motiven Haidlen, Bürg. Gesetzb. I, 298, II: 5 ff.

viker lagen konsekvent att beteckna dessa dingliche Rechtsgeschäfte såsom Verträge, hvaremot motiven äro lika konsekventa i motsatt riktning, sammanhängande därmed, att det första förslaget till lag verkligen ej blott behandlat dessa rättsärenden såsom, utan ock benämnt dem aftal, Verträge, ehuru terminologien vid den andra läsningen ändrades och Vertrag i den sakrättsliga delen ersattes med Einigung — det uttryck, som sedan öfvergick i den färdiga lagen[1]. Redan det faktum, att en sådan ändring skett, är i sig betydelsefullt, och vid sidan däraf komma motiven endast i andra rummet. Men äfven dessa gifva vid handen, att ändringen grundats, om ej på den icke fullt insedda och erkända principiella skilnaden mellan obligatorische und dingliche Verträge, så dock på en riktig känsla däraf, att det allmänna språkbruket och det allmänna föreställningssättet icke anser dingliche Verträge i denna mening såsom aftal. Däremot är Einigung en fullständigt riktig term, som just framhäfver, att samförstånd äfven här erfordras, utan att därför förbinda detta med en tillsägelse eller ens en i och för sig verksam viljeförklaring.

För giltigheten af ett dingliches Rechtsgeschäft fordras sålunda i regel jämte samförståndet ett omedelbart verkställighetsmoment[2]. Enligt *Ty. B. G. B. § 854* förvärfvas besittningen af en sak durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache, och samförstånd mellan aflåtaren och förvärfvaren är tillräckligt endast om der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, något som enligt *§ 870* äfven gäller om öfverlåtelse af s. k. medelbar besittning, jfr *§ 868*. Beträffande åter öfverlåtelse af eganderätt till eller upplåtelse af begränsade rättigheter i en sak, gäller, därest fråga är om fastighet, att parterna måste bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor dem Grundbuchamt afgifva en förklaring angående samförstånd om öfverlåtelsen, Auflassung, hvarefter öfverlåtelsen antecknas, *§§ 873, 925*; det samma gäller om upplåtelser i fastighet, se *§ 873*. Före inskrifningen är ett eventuelt åvägabragt samförstånd hvarken obligatoriskt bindande eller sakrättsligt verksamt, men kan blifva det förra, därest vissa formaliteter enligt *§ 873* iakttagas, hvarigenom de resp. viljeförklaringarna erhålla en, af öfverlåtarens disposition mera oberoende ob-

[1] Jfr härom Jacobi i *Jb. f. D.* XXXV: 36 ff.

[2] Jfr Haidlen, Bürg. Gesetzb. II: 17, 22, 38 ff., 49 ff., 141 ff., 149 ff.

jektivering. För öfverlåtelse af lösa saker däremot är enligt *§ 929* nödigt, att der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, dass das Eigenthum übergehen soll; endast om förvärfvaren redan är i besittning af saken, är samförstånd om öfverlåtelsen enligt *§ 929* tillräckligt, traditio brevi manu. Likaså kan ett constitutum possesorium, enligt *§ 930* ersätta traditionen, om samtidigt mellan parterna ein Rechtsverhältniss vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt; och äfven genom öfverlåtelse af ett Anspruch auf Herausgabe der Sache kan eganderätten till lös sak öfverlåtas, nämligen om tredje man är i besittning af den samma, *§ 931*. I de båda sistnämda fallen är således samförstånd icke nog, utan måste detta kompletteras af antingen en ensidig aflåtelsehandling (öfverlåtelse af anspråket eller den yrkade fordringsrätten såsom abstrakt sak) eller ett annat rättsärende såsom grund för ett särskildt rättsförhållande mellan parterna själfva med afseende å saken.

Hvad särskildt angår upplåtelseärenden, har lagen så strängt genomfört skilnaden mellan obligatorische und dingliche Rechtsgeschäfte, att den upplöst upplåtelseärendet i en sakrättsligt verkande öfverlåtelse och eventuelt ett obligerande tillsägelseärende; något utrymme inom upplåtelseärendet för den tillsägelseakt, som eljes enligt sakens natur och det allmänna uppfattningssättet ingår i hvarje upplåtelse, kan näppeligen enligt nytysk rätt finnas. Detta har emellertid blifvit möjligt endast därigenom, att lagen själf noggrant reglerat förhållandet mellan aflåtaren och förvärfvaren och sålunda ersatt privatdispositionen af en legaldisposition, hvilken dock icke torde vara, åtminstone i allo, af tvingande natur. Om parterna alltså vilja på annat sätt, än lagen tänkt, på förhand reglera sitt inbördes förhållande under upplåtelsetiden, så kan detta icke ske redan genom samförståndet, hvilket blott afser, att ett visst upplåtelseärende skall företagas, utan fordrar antingen ingående af ett fristående obligerande aftal, hvilket då aftalsfriheten är oinskränkt och vid upplåtelse i lös sak, t. ex. Niessbruch an einer beweglichen Sache enligt *§ 1032*, torde vara den enda utvägen, eller ock, där fråga är om upplåtelse i fastighet, efter åvägabringande af ett preliminärt icke bindande samförstånd eller ett enligt *§ 873* blott obligatoriskt bindande aftal angående de tilltänkta privatdispositiva normerna, en inskrifning i fastighetsboken af dessa normer i enlighet med en upplåta-

rens särskilda Eintragungsbewilligung, hvari de upptagits, jfr *§ 874:* först inskrifningen gör dem alltså i detta fall med afseende på sakrättens innehåll rättsligen verksamma emot de af lagen dispositivt gifna, äfven om de dessförinnan möjligen kunde anses grunda en fordringsrätt och ett eventuelt kondiktionsanspråk efter mönstret causa data, causa non secuta, jfr *§ 812.*

Den nytyska rätten skiljer sig från äldre rättssystem särskildt genom uppgifvandet af de senares vanligen uppställda fordran på titulus och modus acquirendi för förvärf genom öfverlåtelse, såsom fortfarande t. ex.

> *Öst. A. B. G. § 380:* Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden.

Består die rechtliche Erwerbungsart i mittelbare Erwerbung genom Uebergabe eller tradition, *§ 423*, så är här titulus enligt

> *Öst. A. B. G. § 424:* Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage; in einer Verfügung auf den Todesfall; in dem richterlichen Ausspruche; oder, in der Anordnung des Gesetzes.

Af intresse är i detta sammanhang blott stadgandet om aftal såsom förvärfvets rättsgrund; och att detta icke medför omedelbart sakrättslig verkan eller får anses såsom annat än grund för en förbindelse att tradera eller låta inskrifva, framgår af

> *Öst. A. B. G. 425:* Der blosse Titel giebt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, ausser den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden.

Tydligare kan icke utsägas, att aftalet i och för sig eller principielt icke verkar sakrättsligt, och någon afvikelse härifrån genom detaljbestämmelserna rörande tradition har icke heller skett; jfr i fråga om lösa saker *§ 426:* körperliche Uebergabe; *§ 427:* Uebergabe durch Zeichen (af sådana saker, som fordringar, fraktgods, varulager, abstrakta saker o. s. v.); *§ 428:* Uebergabe durch Erklärung erweislicher Art (constitutum possessorium, traditio brevi manu); *§ 431:* om intabulation eller inskrifning af öfverlåtelse af fastighet. Det faktiska besittningsförhållandet måste i hvarje fall svara mot förklaringen och det eventuella samförståndet, men detta är i och för sig endast en nödvändig förutsättning, icke ett rättsbil-

dande faktum. Angående die Intabulation ger *§ 433 ff.* närmare föreskrifter med afseende på förvärf genom aftal såsom rättsgrund eller titel, men icke heller dessa förändra den allmänna regeln, att först intabulationen af aftalet medför egendomens och eganderättens öfvergång; jfr *§ 441 ff.* — Att samma regler gälla äfven rörande upplåtelser, följer af bl. a. *§ 445* eller, beträffande panträtt, af *§ 451*, som uttryckligen förklarar, att der Titel allein giebt nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache, och beträffande servituter, af *§§ 480, 481.* Ingenstädes finnes för öfrigt ens minsta antydan därom, att traditionen själf skulle betraktas såsom Vertrag, utan den framstår i allo såsom likställd och jämförlig med intabulationen, hvilken omöjligen kan vara aftal: konstruktionen af ett Traditionsvertrag såsom skildt från pactum de tradendo är en helt och hållet doktrinell uppfinning af minst sagdt tvifvelaktigt värde.

23.

En helt annan ståndpunkt till frågan om aftalsbegreppets möjliga innehåll och omfång med afseende å aftalets rättsverkningar anses den franska rätten intaga. Aftalet förklaras visserligen verka såsom en lex privata för kontrahenterna inbördes, och dess normkarakter är sålunda principielt erkänd; så

> *Fr. C. civ. art. 1134: 1:* Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; jfr *Bel. C. civ. art. 1134: 1, Ned. B. W. B. art. 1374, It. C. civ. art. 1123, Sp. C. civ. art. 1091*[1].

Därmed är tydligen utsagdt, att aftalet principielt har obligatorisk rättsverkan, och afser förhållandet mellan person och person[2]. Men något hinder för lagen att tillika vid aftalet fästa sakrättsliga följder finnes icke, och detta har ock till synes skett genom

> *Fr. et Bel. C. civ. art. 1138:* L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties

[1] Däremot saknas denna bestämmelse i motsvarande *Port. C. civ. art. 702.*

[2] Af formuleringen i *Fr. C. civ. art. 1101:* »Le contrat est une convention etc» skulle man eljes kunnat sluta, att les contrats endast utgöra en form af conventions, och att det sålunda kunde tänkas äfven conventions af annat slag, h. e. icke obligatoriska; hvad förmögenhetsrätten angår, är emellertid en sådan tolkning omöjliggjord genom *art. 1134* (utom med afseende å convention = samförstånd).

contractantes. — Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Denna artikel har varit föremål för olika tolkningar och dess formulering är för visso icke så alldeles otvetydig[1]. Emellertid torde meningen icke vara den, att redan aftalet såsom privatdispositivt rättsärende öfverför eganderätt, utan den, att eganderätten öfvergår såsom legal följd af det faktum, att ett obligatoriskt rättsförhållande mellan parterna uppstått, hvilket går ut på tradition i öfverlåtelsesyfte: att åter detta förhållande grundar sig på aftal är ur denna synpunkt likgiltigt. Hela det kapitel, hvartill *art. 1138* hör, handlar om obligationers rättsverkningar, och omfattar obligationer i allmänhet lika väl som obligationer särskildt ex contractu, hvarjämte till yttermera visso i *art. 711* förklaras, att la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations, liksom det ock i *art. 1138* själf heter, att det är obligationen, som gör borgenären till egare, »elle rend etc». Den obligation de donner, hvarom sistnämda artikel talar, innebär, såsom Demolombe öfvertygande visat, dels en obligation de livrer la chose dels en obligation de la conserver jusqu' à la livraison, och den förra, eller förbindelsen att livrer, faire la livraison, är parfaite »c'est-à-dire qu'elle est *accomplie*, consommée par le seul consentement des parties contractantes». Detta förhållande är historiskt en reminiscens från den äldre rätten, hvilken principiellt fordrade tradition, ehuru praxis tillika i dess senare tid nöjde sig med en tradition feinte och en i det skriftliga aftalet inpassad clause de dessaisine-saisine, som slutligen äfven den blef genom Code Napoléon obehöflig, i det att l'obligation de livrer förklarades parfaite par le seul consentement des parties. Att med Demolombe tolka detta consentement des parties såsom liktydigt med aftalet, synes mig dock icke vara nödvändigt, helst le consentement här genom hänförandet till des parties, icke till de la partie qui s'oblige, snarare användts i betydelsen af samförstånd än af samtycke; meningen torde vara den, att

[1] Se härom och till det följande Demolombe, Cours XXIV: n:os 413—418.

l'obligation de livrer, hvarmed bör förstås förbindelsen icke att tradera, utan att öfverlåta, d. v. s. att afstå från själfva saken till förmån för medparten, är legaliter fullgjord, parfaite, så snart parterna äro ense härom, äfven om tradition ej egt rum, eller med andra ord så snart jämte obligationen en sådan Einigung föreligger, hvarom den nytyska rätten i motsvarande sammanhang talar. Ett dylikt samförstånd rörande öfverlåtelsens realiserande kan naturligen föreligga redan i det aftal, som utgör titulus för öfverlåtelsen, t. ex. ett köpeaftal, ehuru det äfven då i tanken måste därifrån skiljas; i detta fall är sålunda situationen egentligen den samma som vid a sale enligt engelsk rätt. En bekräftelse på denna uppfattnings riktighet ger ock andra punkten af *art. 1138*, däri det bestämdt skiljes mellan livraison och tradition och med tradition tydligen menas tradition réelle eller faktiskt öfverlåtande af själfva saken men med livraison en om man så vill tradition fictive — eller måhända riktigare med tradition öfverlåtelsen af den faktiska besittningen corpore, med livraison åter öfverlåtelsen däraf animo, i hvilket fall följden af lagstadgandet helt enkelt blir den, att ex lege eganderätten öfvergår från aflåtaren, så snart parterna animo rei transferendæ och animo rem sibi habendi enats om en förklaring, att saken ekonomiskt står till förvärfvarens disposition såsom egare. Härmed stämmer ock väl öfverens stadgandet angående la vente i

> *Fr. et Bel. C. civ. art. 1583:* Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

I själfva verket blir dock denna legala eganderätt en smula tvifvelaktig, enär den, såsom det uttryckligen i *art. 1583* säges, blott är verksam mellan parterna, något som ytterligare strykes under genom bestämmelsen i *art. 1141*, att om man s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement en sak purement mobilière, så har den af dessa, som i god tro a été mise en possession réelle, företräde framför den andre till saken såsom egare, äfven om hans titre soit postérieure en date. Med afseende härå gäller alltså regeln i *art. 2279:* en fait de meubles, la possession vaut titre. Men äfven i fråga om rätt till eller i immeubles har genom den särskilda lagstiftningen angående transcriptions en liknande ord-

ning skapats, så att en senare förvärfvare går före en tidigare, därest denne ej i tid lagfarit sitt förvärf, ehuruväl den förvärfvade rätten i förhållande till aflåtaren, och tydligtvis äfven i förhållande till tredje man, som icke låtit inskrifva sin rätt, måste bedömas efter reglerna i Code civil, och sålunda anses uppkommen i och med aftalet[1].

Men — betyder detta verkligen, att sakrätten grundas på aftalet? Betyder det månne icke snarare, att rättsförhållandet på grund af aftalet är det rättsfaktum, hvarvid lagen knutit en rätt för le créancier att — utan någon ytterligare dispositionshandling af le débiteur, hvilken själf afhändt sig sin eganderätt till medkontrahentens förmån — genom egen ensidig disposition fullborda det med aftalets åvägabringande blott begynta eganderättsförvärfvet, hvars slutakt är lagfarten? Eller med andra ord, la propriété, hvarmed enligt *art. 544* förstås le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements, beror i själfva verket af en besittningstillegnelse, må vara en blott medelbar, och denna präsumeras af lagen hafva skett omedelbart efter aftalet i och genom det på aftalet grundade rättsförhållandets uppkomst, men förklaras tillika för sin sociala giltighet kräfva en påtagligare och för tredje man mera uppfattbar objektivering genom lagfart, hvadan besittningstillegnelsens rättshandling icke blir fullbordad förrän i och med la transcription och till följd däraf sakrätten eller *rätts*tillståndet med afseende å saken dessförinnan i viss mån sväfvande samt utsatt för möjligheten af förändring genom faktisk disposition från aflåtarens sida, i det att denne alltfort är den så att säga i yttre måtto socialt öfver saken dispositions*berättigade*. I fråga om lösa saker åter sker objektiveringen genom ett nytt rättsförhållandes uppkomst.

Öfverensstämmande med den fransk-belgiska lagstiftningen är i det hela äfven den italienska. Så föreskrifver

It. C. civ. art. 1125[2]: Nei contratti che hanno per

[1] Se härom Demolombe, Cours XXIV: n:os 434—487; jfr den franska *loi sur la transcription en matière hypothécaire* 23 mars 1855 artt. 1—3 (hos Carpentier, Codes et lois I: 567 ff.) och den belgiska *loi du 16 décembre 1851* art. 1, hvilken lag ersatt tit. 18 af liv. 3 i *Bel. C. civ.*, se De Le Cour, Codes Belges s. 246 ff.

[2] Lyder i fransk öfversättning enligt Prudhomme, Code civil italien s. 271: »Dans les contrats qui ont pour objet la translation de propriété ou d'un autre

oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette et si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione.

Aftalet tänkes alltså till dömes otvetydigare än i fransk rätt såsom ett öfverlåtelseärende med omedelbar sakrättslig verkan, i synnerhet som orden per effetto del consenso, jfr ock per effetto di convenzioni i *art. 710*, motsvarande den franska *art. 711*, här måste hänföras till aftalet själft, då det är degli effetti dei contratti (och icke, såsom i den franska lagen de l'effet des obligations), hvarom både *art. 1125* och i öfrigt hela afdelningen från och med *art. 1123* handla. Detta resultat synes ock bekräftas af *art. 439*, hvilken, sedan *art. 436* angifvit la proprietà på liknande sätt som den motsvarande franska *art. 544*, ger il proprietario della cosa en rätt di rivendicaria da qualsiasi possessore o detentore, salve le eccezioni stabilite dalle leggi. Ett sådant undantag är dock beträffande beni mobili stadgadt i *It. C. civ. art. 707*[1]: Riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo. Questa disposizione non si applica all'universalità dei mobili.

It. C. civ. art. 1126[2]: Se la cosa che taluno si è obbligato con successive convenzioni di dare o consegnare a due persone, è un mobile per natura o un titolo al portatore, quella fra esse a cui fu dato il possesso, sarà preferita all'altra sebbene il suo titolo fosse posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede.

---

droit, la propriété ou le droit se transmet et s'acquiert par l'effet du consentement légitimement manifesté, et la chose demeure aux risques et périls de l'acquéreur, encore qu'il n'y ait pas eu tradition».

[1] I fransk öfversättning enligt Prudhomme, a. a. s. 191: »A l'égard des biens meubles par leur nature et des titres au porteur, la possession produit en faveur des tiers de bonne foi l'effet même du titre. La présente disposition ne s'applique pas aux universalités de meubles».

[2] I fransk öfversättning enligt Prudhomme, a. a. s. 271: »Si la chose qu'on s'est obligé, par des conventions successives, de donner ou de livrer à deux personnes, est un meuble par nature ou un titre au porteur, celle qui sera mise en possession sera préférée à l'autre, encore que son titre soit postérieur de date, pourvu que la possession soit de bonne foie».

Den italienska rätten intager alltså i sak i denna fråga samma ståndpunkt som den franska, oaktadt i och för sig de allmänna bestämmelserna ännu mer än de franska äro genom sin formulering egnade att bortskymma lagens verkliga mening. Och beträffande beni immobili har den italienska rätten i viss mån gått ännu längre än den franska Code civil och dess komplement i 1855 års lag genom de föreskrifter della trascrizione, som innehållas i *It. C. civ. art. 1932 ff.* Betydelsen af la trascrizione framgår af

> *It. C. civ. art. 1942: 1:*[1] Le sentenze e gli atti enunciati nell'articolo 1932, fino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile.

Aftalet är alltså den titulus eller rättsgrund, hvarpå förvärfvet af en sakrätt hvilar, men icke det rättsfaktum, med stöd hvaraf vindikationsrätt och öfver hufvud rättsskydd mot tredje man i god tro vinnes, och ger blott ett ekonomiskt herravälde af olika utsträckning öfver saken, men icke en omedelbar och ovilkorlig rätt till eller i saken annat än emot aflåtaren, alltså för att använda den österrikiska rättens terminologi — *Öst. A. B. G. § 307* — blott en personlig sakrätt.

Den landslagstiftning som mest fullständigt och klart genomfört den franska principen, är emellertid den portugisiska civillagboken. Redan i definitionen på aftal framträder dess uppfattning af här förevarande fråga, då det i *Port. C. civ. art. 641* heter, att contracto é o accordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação, och sålunda i sig innesluter så väl tillsägelser som andra aflåtelser. I anslutning härtill uttalar *art. 710*, att hvarje aftal upplöses genom prästerande af antingen en handling eller en sak, och *art. 714*, att en prästation af sistnämda slag kan fullgöras på vissa uppräknade sätt, afseende bland annat såväl öfverlåtelse som upplåtelse, alienação da propriedade de certa

[1] I fransk öfversättning enligt Prudhomme a. a. s. 418: »Les sentences et les actes dont il est parlé dans l'article 1932, tant qu'ils n'ont pas été transcrits, n'ont aucun effet à l'égard des tiers qui ont, à un titre quelconque, acquis et légalement conservé des droits sur l'immeuble».

cousa, alienação temporaria do usu, ou fruição de certa cousa[1]. Och därefter föreskrifves i

> *Port. C. civ. art. 715:*[2] Nas alienações de cousas certas e determinadas, a transferencia da propriedade opera-se entre os contrahentes, por mero effeito do contracto, sem dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo das partes em contrário; jfr ock *art. 716.*

Så långt är den portugisiska rätten öfverensstämmande med den fransk-belgisk-italienska, men genom *art. 718* har den tagit ett steg förbi denna, i det att däri ges förvärfvaren af en sak, som blifvit ånyo aflåten af öfverlåtaren, rätt att vindicera den samma på det sätt, som *i artt. 1579 och 1580* närmare stadgats i fråga om köpt sak. Dessa artiklar åter, sammanställda med

> *Port. C. civ. art. 1578:*[3] Se a mesma cousa for vendida pelo mesmo vendedor a diversas pessoas, observar-se-ha o seguinte: se a cousa vendida for mobiliaria, prevalecerá a venda mais antiga em data; se não for possivel verificar a prioridade da data, prevalecerá a venda feita ao que se achar de posse da cousa;

visa, att det principielt är den förste förvärfvaren, som har företräde, och att denne alltså redan med aftalets ingående vunnit en verklig sakrätt, därest fråga är om lös sak, men att i nödfall äfven här besittningen blir afgörande, liksom det städse ifråga om immobilier är den enligt *artt. 949 och 1722* nödvändiga inskrifningen i

---

[1] Eganderätten defineras i *Port. C. civ. art. 2167* såsom förmågan att till själfbibehållelse och egen utveckling använda allt hvad man i detta syfte lagligen förvärfvar och hvaröfver man följaktligen kan fritt förfoga; enligt *art. 2168,* kan den vara »absoluta ou resoluvel, singular ou commun, perfeita ou imperfeita», och enligt *art. 2189* räknas såsom arter af ofullständig eganderätt äfven nyttjanderätt och servituter.

[2] I fransk öfversättning enligt Lepelletier, Code civil portugais s. 143: »Dans les aliénations de choses certaines et déterminées, la translation de la propriété s'opère entre les parties par le seul effet du contrat, indépendamment de toute tradition et d'une possession soit effective soit symbolique, à moins que les parties ne se soient mises d'accord pour stipuler le contraire».

[3] I fransk öfversättning enligt Lepelletier, a. a. s. 299: »Si une même chose a été vendue à différentes personnes par le même vendeur, on observera ce qui suit: s'il s'agit d'un meuble, la vente la plus ancienne en date sera seule maintenue; et s'il n'est pas possible de vérifier la priorité de la date, on donnera la préférence à la vente consentie à l'acheteur qui est en possession de la chose».

vederbörliga fasteböcker, som fäller utslaget, ehuruväl enligt *art. 1580*[1] bestämmelserna i *art. 1578* tillämpas, se nenhuma se achar registada. I full öfverensstämmelse härmed förklarar *art. 951*, att bristande inskrifning icke hindrar parterna själfva eller deras rättsinnehafvare från att med laglig verkan göra gällande sina på aftalet grundade rättigheter och anspråk, men att dessa i förhållande till tredje man kunna åberopas först efter inskrifningen. Allt detta är med den gifna utgångspunkten fullt följdriktigt, men kan naturligen ingenting bevisa med afseende å ett aftalsbegrepp af annat slag än den portugisiska rättens eget, där aftalet är = tvåsidigt rättsärende i allmänhet. Betecknande är ock formuleringen af den rubrik, under hvilken aftalsläran, såsom förut är nämdt, i den portugisiska lagen behandlas: »dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria e de outrem conjunctamente».

Den spanska liksom den nederländska lagstiftningen hafva däremot båda afvikit från den franska rättens grundsatser och återupptagit fordran på tradition eller annan däremot svarande handling såsom vilkor för sakrättsuppkomst. Enligt *Sp. C. civ. art. 609* förvärfvas sålunda la propriedad bland annat por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, och enligt *Ned. B. W. B. art. 639* omvändt genom tradition, understödd af en behörig titel: door opdragt af levering ten gefolge van eenen regtstitel van eigendoms-overgang, afkomstig van dengenen die geregtigd was over den eigendom te beschikken. Ehuru borgenären i ett skuldförhållande enligt *Sp. C. civ. art. 1095*[2] har rätt till sakens afkastning, hvarmed torde menas ekonomisk disposition i allmänhet öfver den samma, från det ögonblick, då förbindelsen till öfverlåtelse uppstått, så erhåller han dock ingen sakrätt, förrän öfverlåtelsen däraf egt rum, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada. Är fråga om bienes inmuebles, erfordras där-

[1] *Port. C. civ. art. 1580* lyder enligt Lepelletier, a. a. s. 299: »Si la chose vendue est un immeuble, la vente inscrite la première sur le registre de propriété sera préférée, et si aucun des contrats n'a été inscrit, on observera les dispositions de l'article 1578».

[2] *Sp. C. civ. art. 1095* lyder enligt Levé, Code civil espagnol s. 210: »Le créancier a droit aux fruits de la chose du moment où naît l'obligation de la lui livrer. Néanmoins il n'acquiert pas de droit réel sur elle tant qu'elle ne lui a pas été livrée».

jämte för rättsskydd mot tredje man, att aftalet, vare sig det afser öfverlåtelse eller upplåtelse, införes i el registro de la propriedad, *artt. 605, 606.* Beträffande åter sättet för tradition, hvilket här naturligen är af större vigt än i lagstiftningar, som icke fordra tradition, innehåller den spanska lagen, i likhet med sin franska urkälla och de romanska efterbildningarne i allmänhet utom den nederländska, särskilda föreskrifter endast under den titel, som handlar om köp och försäljning, hvaremot den nederländska upptagit stadgandena härom i *artt. 667—671* under rubriken van de wijze waarop eigendom verkregen wordt. Hufvudregeln är i båda rättssystemen den, att tradition är fullbordad, så snart saken själf kommit i förvärfvarens besittning, eller annorledes under hans faktiska disposition. Sålunda förklarar *Ned. B. W. B. art. 671,* att öfverlåtelse af onroerende zaken sker genom inskrifning af den härom uppsatta handlingen, hvilken kan vara aftalet själft eller ett utdrag därur, door de overschrijving van de akte in de daartoe bestemde openbare registers, hvaremot öfverlåtelsen af roerende zaken, onligchamelijke uitgezonderd, enligt *art. 667* i regel sker genom faktiskt öfverlämnande, door de enkele overgave[1].

I den spanska lagen heter det däremot, att om aftalet sker mediante escritura pública — par l'acte authentique enligt fransk rätt — så har uppsättandet af den offentliga handlingen samma betydelse som tradition, därest ej motsatsen framgår af handlingens eget innehåll, jfr

[1] Att upplåtelser följa samma regler som öfverlåtelser framgår, hvad rätt i annans fasta egendom angår, af de särskilda föreskrifter, som Burgerlijk Wetboek gifvit rörande inskrifning vid framställningen af de olika sakrätterna, jfr *art. 743* om servituter eller erfdienstbaarheden, *art. 760* om superficies eller opstal, *art. 767* om emphyteusis eller erfpachtsregt, *art. 784* om afkomsträtt eller grondrenten en tienden, *artt. 807 och 865* om usufructus, usus och habitatio eller vruchtgebruik, gebruik en bewoning, i hvilka det genomgående förklaras, att de titel van aankomst moet in de daartoe bestemde openbare registers worden overgeschreven. Det samma gäller om hypotek enligt *art. 1224,* där det tillika uttryckligen framhålles, att utan inteckning heeft de hypotheek geene kracht hoegenaamd, zelfs niet ten opzigte van schuldeischers, die geen hypothekair verband hebben. Panträtt i lös sak förvärfvas icke enligt något af här ifrågavarande rättssytem utan tradition och stundom icke heller utan urkunds upprättande; se *Ned. B. W. B. art. 1197 ff. Fr. et Bel. C. civ. art. 2076, It. C. civ. art. 1882, Sp. C. civ. art. 1863, Port. C. civ. art. 858, Schw. B. O. R. art. 210, Öst. A. B. G. § 451, Ty. B. G. B. § 1205.*

> *Sp. C. civ. art. 1462*[1]: Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador. — Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá á la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare ó se dedujere claramente lo contrario.

Särskildt med afseende å tradition af bienes incorporales, skall senare punkten af *art. 1462*, där den eljes kan tillämpas, komma till användning, och i motsatt fall traditionen anses fullgjord genom el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, ó el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor, *art. 1464*[2]. Sistnämda stadgande, att det kan vara den samtyckta faktiska *utöfningen* af rätten, som bildar surrogat för tradition, är synnerligen betecknande och i sig riktigt, då därmed ett påtagligt faktum blifvit satt såsom ersättning för ett annat faktum. Om tradition af onligchamelijke zaken innehåller äfven *Ned. B. W. B. art. 668—670* en del motsvarande bestämmelser, ehuru utan att på samma sätt som den spanska uttryckligt framhålla utöfningen såsom ett rättsbildande faktum i dessa fall. I öfrigt medger *Sp. C. civ. art. 1463*, att äfven det blotta samförståndet, el solo acuerdo ó conformidad de los contratantes, må kunna ersätta tradition de los bienes muebles, nämligen om saken antingen icke kan omedelbart ställas till köparens faktiska disposition, t. ex. därest aflåtaren skall behålla den samma såsom låntagare, depositarie eller dylikt, och alltså samförståndets förklarande innebär ett constitutum possessorium, eller om saken redan förut och på annan grund ställts till köparens disposition, såsom är händelsen vid brevi-manu-tradition: si la cosa vendida no puede trasladarse á poder del comprador en el instante de la venta,

[1] I fransk öfversättning enligt Levé, a. a. s. 278: »On considérera la chose vendue comme délivrée lorsqu'elle sera mise en la puissance de l'acheteur. Lorsque la vente se fait par acte public, la confection dé l'acte équivaudra à la délivrance de la chose objet de la vente, si le contraire ne résulte pas, ou ne se déduit pas clairement de l'acte lui-même».

[2] I fransk öfversättning enligt Levé, a. a. s. 278 lyder *Sp. C. civ. art. 1464:* »Quant aux biens incorporels, on se conformera aux dispositions du second paragraphe de l'article 1462. En tout autre cas où il ne serait pas applicable, on considérera comme délivrance la remise à l'acheteur des titres de propriété, ou l'usage que l'acheteur fait de son droit du consentement du vendeur».

ó si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo. Däremot inskränker sig *Ned. B. W. B. art. 667* till den förklaring, att tradition är öfverflödig, om förvärfvaren de zaak reeds, uit krachte van eenen anderen titel, in zijne magt heeft. I andra fall slutligen kan enligt samma *Sp. C. civ. art. 1463* liksom enligt *Ned. B. W. B. art. 667* öfverlämnandet af nycklarne till den lokal, där saken förvaras, verka såsom tradition. Klart är alltså, att hvad lagen fordrar, det är en yttre påtaglig handling jämte aftalet, hvarigenom öfverlåtelsen eller upplåtelsen af själfva saken ej blott framstår såsom objektivt fullbordad, utan ock såsom innebärande en tillegnelse från förvärfvarens sida, hvarigenom han erhållit faktisk, för tredje man uppfattbar makt öfver saken. Kan detta ske omedelbart i aftalet, så är det dock ej aftalet såsom sådant, som bör därvid komma i betraktande.

Hvad slutligen beträffar den schweiziska rätten, så följer af *Schw. B. O. R. art. 10,* att förbundslagstiftningen antager tillvaron af Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, ehuru den öfverlämnat dessas reglerande till kantonallagstiftningen. Äfven denna måste dock därvid följa de i *Schw. B. O. R.* gifna allmänna grunderna, så framt ej undantag särskildt stadgats, såsom t. ex. just i *art. 10* angående formen för där nämda Verträge. Men, ett aftal kan hafva afseende på dingliche Rechte utan att därmed är sagdt, att det själft omedelbart medför sakrättsliga verkningar. I själfva verket känner lagen ej heller såsom Gegenstand des Vertrages enligt *art. 17* annat än Leistungen, och med afseende å öfverlåtelser af eller upplåtelser i bewegliche Sachen — de enda, hvarom förbundslagstiftningen ger närmare föreskrifter — stadgar den tradition såsom nödvändig förutsättning:

> *Schw. B. O. R. art. 199:* Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich.

Redan formuleringen af denna artikel ger vid handen, att aftalet icke tänkts själft öfverföra eganderätten, utan endast framkalla en skyldighet att verkställa öfverlåtelsen. Och denna formulering har ock valts med full afsigt efter lifliga meningsutbyten mellan dem, som förordade den franska, och dem, som förordade den romersk-tyska grundsatsen[1]. Den senare principen segrade därvid och har

[1] Schneider, Oblig. Recht I: 336 Anm. 1.

äfven konsekvent genomförts, så att enligt *art. 205* tredje man, som i god tro förvärfvar en sak — den där dock hvarken får vara stulen eller hittad — blir rättmätig egare, äfven om han förvärfvat saken af en icke-egare; och artikeln tillägger: Unter den gleichen Voraussetzungen erlöschen sonstige dingliche Rechte Dritter an der Sache. Traditionen behöfver väl ej så att säga ske handgripligt, men dock på ett sätt, som gör förändringen fullt uppfattbar för tredje man, jfr *artt. 200, 201, 203, 209.* Slutligen uttalas i *art. 202*, att traditionen skall kunna anses verkställd, äfven om den förre egaren behåller saken i sin hand, för så vidt detentionen sker in Folge eines besonderen Rechtsverhältnisses, wie z. B. eines Mietvertrages. Ett uttryckligt aftal härom är sålunda nödvändigt, och man har icke såsom i fransk rätt nöjt sig med prekär detention efter öfverlåtelseaftalet.

Äfven panträtt i lös sak kan upplåtas blott genom tradition af saken eller i dess ställe af ett därför fullt effektivt representativ, *artt. 210, 212;* och å andra sidan blir en sådan pantupplåtelse verksam, äfven om den skett genom en därtill icke-berättigad, allenast mottagaren är i god tro, *art. 213.* Uttryckligen stadgas ock, t. ex. angående köpeaftal, *art. 229,* att därigenom blott uppstår en ömsesidig förbindelse till öfverlåtelsens resp. betalningens verkställande, och sålunda icke någon sakrätt. Ej heller framgår af lagens stadganden angående traditionens verkställande, att denna akt skulle betraktats såsom själf ett aftal, och några »dingliche Verträge» rörande bewegliche Sachen känner den schweiziska lagstiftningen sålunda icke.

Beträffande slutligen förvärf af sakrätt till eller i immobilier i följd af aftal[1] »verlangen alle Kantone Fertigung oder Grundbucheintragung mit Ausnahme der Gruppe des *C. c. fr.*, sowie *Uri*, welch letzteres zwar auch eine Eintragung der Handänderung in das Hypothekenbuch vorsieht, jedoch nur als Ordnungsmassregel und zu vorsorglicher Sicherung, und nicht zum Eigenthumserwerb». Inom kantonerna med fransk rätt åter har inskrifningen betydelse »zur Rechtswirkung gegenüber Dritten», och torde alltså härom gälla hvad ofvan rörande fransk rätt utvecklats[2].

[1] Huber, System III: 207 ff. 50 ff., 78, 79 ff.

[2] Beträffande dansk-norsk rätt måste jag här inskränka mig till en hänvisning till Hagerup i *N. R. T.* 1884 s. 751 ff. samt till den af Ussing och Torp i *T. f. R.* III: 181 ff., VI: 338 ff., VII: 1 ff. förda debatten om »Løsøreoverdragelse.» Då Ussing förkastar såväl traditions- som aftalsteorien, — den senare

24.

Den franska rätten stadgar i

Fr. C. civ. art. 1234: Les obligations s'éteignent, par le payement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou la rescision, par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédant, et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier; jfr *Bel. C. civ. art. 1234*, *It. C. civ. art. 1236*, *Ned. B. W. B. art. 1417*, *Sp. C. civ. art. 1156*.

Den omständigheten, att bland de så uppräknade sätten de l'extinction des obligations aftal icke särskildt nämnas, kan naturligen icke, äfven om uppräkningen såsom allmän får anses fullständig[1], hindra att en eller flere af de omtalade rättshandlingarna möjligen skulle kunna eller böra karakteriseras såsom aftal. Med afseende härpå är ock att märka, det lagen själf i sina detaljföreskrifter mer än en gång använder uttryck, som häntyda på aftalskarakter hos åtminstone några af dessa rättsfakta. Sålunda är utan tvifvel la novation. sådan den af *Fr. et Bel. C. civ. art. 1271 ff.*, *It. civ. art. 1267 ff.*, *Ned. B. W. B. art. 1449 ff.*, *Sp. C. civ. art. 1203 ff.*, *Port. C. civ. art. 802 ff.*, reglerats efter romerska förebilder liksom den romerska ett aftal, men verkar liksom den befriande, icke emedan den är ett aftal, utan oberoende häraf genom det blotta rättsfaktum, att en ny skuld ingåtts under vilkor af den äldres upphäfvande. Med novationen beslägtad — i *Sp. C. civ. art. 1203, 1209 ff.* därmed samordnad[2] — är la subrogation eller le payement avec subrogation, *Fr. et Bel. C. civ. art. 1249 ff.*, jfr *It. C. civ. art. 1251 ff.*, *Ned.*

»forsaavidt denne skal støttes paa Kontraktsfrihedens Princip» — och i »Mellemværendets forskillige Charakter paa de forskjellige Stadier i Overdragelsen» söker förklaringen därtill, att »Retsordenen optræder først mindre, derpaa mere beskyttende», så ligger häri en fullt riktig tanke, hvilken ock torde i väsentliga delar öfverensstämma med den ofvan framlagda åsigten, att för sakrättens uppkomst erfordras jämte aftalet något ytterligare dispositionsmoment, som gör öfverlåtelsen af saken för tredje man objektive uppfattbar. — Allmänna synpunkter hos Hagerup — som äfven behandlat romersk och gällande utländsk rätt — a. st. s. 673 ff, 740 ff., 780 ff; Hammarskjöld i *T. f. R.* VI: 105 ff.

[1] Se Demolombe, Cours XXVII: n:o 4 ff.

[2] Om subrogationens ställning i rättssystemet, se Demolombe, Cours XXVII: n:o 316 ff.

B. W. B. art. 1436 ff., Port. C. civ. art. 778 ff., om hvilken det heter, att den är ou conventionelle ou légale och åvägabringas såsom conventionelle genom betalning åtföljd af ett aftal af viss beskaffenhet och i viss form: att det dock är betalningen i och för sig och icke aftalet, som utgör det rättsligen befriande momentet, torde ej behöfva mer än påpekas; aftalet verkar allenast såsom re grundande en ny skuld. Och att betalningsakten ej kan anses såsom aftal, torde ligga i sakens egen natur, men bekräftas dessutom af lagens stadganden om offres de payement et de la consignation, *Fr. et Bel. C. civ. art. 1257 ff.,* jfr. *It. C. civ. art. 1259 ff., Ned. B. W. B. art. 1440 ff., Sp. C. civ. art. 1176 ff., Port. C. civ. art. 759 ff.,* enligt hvilka ett erbjudande af omedelbar betalning jämte beloppets nedsättande i taka händer kan utan borgenärens antagande, och således utan möjlighet att tolkas såsom aftal, befria gäldenären.

Men ej heller frisägelsen par préference eller la remise volontaire de la dette, hvarom se *Fr. et Bel. C. civ. art. 1282 ff.,* jfr *It. C. civ. art. 1279 ff., Ned. B. W. B. art. 1474 ff., Port. civ. art. 815 ff., Sp. C. civ. art. 1187 ff.,* kan näppeligen kallas aftal, utom måhända enligt spansk rätt, för så vidt nämligen gåfva, efter hvars rättsregler äfven la condonación skall bedömas, däri skulle betraktas såsom aftal. I alla öfriga romanska lagstiftningar åter framstår detta rättsärende såsom en ensidig rättshandling från borgenärens sida, en afsägelse, hvilken väl måste vara ställd till gäldenären, men ingalunda i form af ett antagande fordrande anbud. Uttrycket la remise ou décharge conventionelle, som förekommer i *Fr. C. civ. artt. 1285 et 1287,* behöfver heller icke häntyda på något aftal, synnerligast som aftalet förklarats vara en convention och sålunda åtminstone kan vara ett vidare begrepp än contrat, i hvilket fall det likväl ej gerna kan tagas i annan betydelse än den af samförstånd — och samförstånd kan naturligen äfven vid ett ensidigt rättsärende förefinnas, t. ex. om frisägelsen sker på begäran af gäldenären. Men, äfven om häri skulle ligga en antydan om frisägelsens aftalskarakter, så innebär den samma dock intet, som strider mot aftalet såsom principielt ett tillsägelseärende, i det att en frisägelse onekligen städse utgör en förklaring ej blott, att gäldenären skall vara fri eller är fri, utan ock negativt en tillsägelse, att borgenären icke skall kräfva.

Betänkligare är den italienska rättens allmänna aftalsdefinition i *It. C. civ. art. 1098,* enligt hvilken il contratto äfven är l'ac-

cordo die due o più persone per sciogliere fra loro un vincolo giuridico och sålunda uttryckligen förklarats omfatta äfven frisägelser. Emellertid torde detta stadgande icke få tolkas så, som skulle alla rättsärenden, hvilka verka upplösande på en obligation, vara att anse såsom aftal, utan blott så, att en öfverenskommelse eller ett aftal lagligen kan verka liberatoriskt eller remissoriskt. Om sålunda en liberatorisk eller remissorisk rättsverkan inträder redan på grund af en ensidig handling eller om i allt fall antagande icke är nödvändigt för samma rättsverkningars inträde, så kan icke sägas, att rättsärendet är ett aftal, låt vara att ett aftal kan tillika vara frisägelseärende. Någon afvikelse ligger därför knappast i den italienska legaldefinitionen, i synnerhet när man fasthåller skilnaden mellan samförstånd och aftal.

Beträffande åter frisägelseärenden, som hafva afseende på upplåtelser, framgår af

> *Fr. et Bel. C. civ. art. 622:* Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice; jfr *Port. C. civ. art. 2242*;

att lagen åtminstone förutsatt möjligheten af en renonciation, ehuru någon sådan icke i *Fr. et Bel. C. civ. art. 617*, som eljes uppräknar de olika sätten, comment l'usufruit prend fin, omtalats[1]. Huruvida la renonciation är ett aftal eller ej, kan emellertid vara tvifvelaktigt; närmast synes den samma böra uppfattas såsom en sådan acte fait par le débiteur, hvilken dennes fordringsegare enligt *art. 1167* under vissa förutsättningar kunna attaquer, äfven om den ingår i ett aftal. Är la renonciation ett tvåsidigt rättsärende och ej ett blott ensidigt, så kan dess innebörd icke vara annan än den, att sakrättens innehafvare tillsäger egaren frihet från bundenheten att ännu en tid tåla usufruktusrättens utöfning, och bör i så fall betraktas såsom aftal i formel begreppsbetydelse. Det samma gäller om den renonciation, hvarigenom enligt *Fr. C. civ. art. 2180* liksom *Bel. loi du 16 déc. 1851 art. 108*, jfr *It. C. civ. art. 2029*, *Ned. B. W. B. art. 1253*, *Port. C. civ. artt. 1026, 1027* les privilèges et hypothèques s'éteignent; att denna bör anses såsom en ensidig akt, synes omedelbart framgå af formuleringen, att rätten upphör par la renonciation du créancier à l'hypothèque. Likaså upp-

[1] Däremot upptages i *Sp. C. civ. art. 513* bland dessa sätt äfven la renuncia del usufructuario, jfr *Sp. C. civ. art. 546* (om servituter).

hör panträtten genom remise de la chose donnée en nantissement, *Fr. et Bel. C. civ. art. 2076*, jfd med *art. 1286*.

I den österrikiska rätten synes, hvad angår upphörandet af upplåtelser genom privatdisposition, ej heller aftalet spela någon roll, utan endast afsägelsen såsom ensidig akt af den berättigade, jfr *Öst. A. B. G. § 445*, jfd med *§ 444*, eller med afseende å intabulerade rättsförhållanden die Löschung aus den öffentlichen Büchern; jfr ock §§ 467, 469, 524. Sistnämda lagrum, som handlar om servituters upphörande, hänvisar dock till de stadganden lagen gifvit angående upphörande af Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt. Men äfven dessa omtala eller förutsätta icke aftal och knappast tvåsidiga rättsärenden, utan egentligen blott en ensidig afsägelsehandling af den berättigade såsom rättsfaktum för frisägelsen, Entsagung. Hufvudstadgandet härom finnes i

> *Öst. A. B. G. § 1444:* In allen Fällen, in welchen der Gläubiger berechtiget ist, sich seines Rechtes zu begeben, kann er demselben auch zum Vortheile seines Schuldners entsagen, und hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben.

Men lika litet som i andra rättssystem kan detta vara till hinder för, att äfven ett på en viss ny förbindelses ingående riktadt aftal såsom följd eller förutsättning medför en frisägelse. Så t. ex. novationen, Neuerungsvertrag *§ 1377*, och den särskilda form däraf, som i *§ 1380* kallas Vergleich och säges höra till den zweiseitig verbindlichen Verträgen. Likaså kan i vissa fall ett blott samförstånd utan aftal föreligga och tillsammans med en betalningshandling verka frigörande och upplösande, såsom vid in solutum datio, *§ 1414*, hvarest fullt riktigt endast talas om att parterna einverstanden sind.

Samförstånd, Uebereinkunft, *Schw. B. O. R. art. 140*, fordrar äfven den schweiziska rätten för vissa frisägelseärenden, men såsom aftal behöfva dessa icke anses, såvida ej tillika ett nytt skuldförhållande grundlägges, i all synnerhet som den schweiziska rätten, såsom förut är visadt, omtalar rättsärenden, hvilkas besondere Natur göra ett antagande af ett gjordt anbud realiter öfverflödigt, och die Aufhebung ovilkorligen måste anses såsom ett Rechtsgeschäft af dylik art[1]. Det samma gäller tydligen

[1] Om »Verzicht» af servitutsrättigheter och immobiliarpanträtt, se Huber, System III: 423 ff., 617 ff.

om panthafvares medgifvande till pantgifvaren att hafva panten i sitt förvar, i hvilken händelse panträtten verliert seine Wirksamkeit, *art. 219.*

Beträffande slutligen nytysk rätt, är den Quittung eller schriftliches Empfangsbekenntniss, hvarom talas i *Ty. B. G. B. § 368 ff.*, onekligen en ensidig rättshandling, men den afser mindre en materiel frisägelse än bevisningen om skedd betalning. Å andra sidan är den handling, som motsvarar den franska remise, uttryckligen betecknad såsom aftal, då det säges i

> *Ty. B. G. B. § 397:* Das Schuldverhältniss erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt. — Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältniss nicht bestehe.

I motiven[1] betecknas dessa Erlassverträge och negative Schuldanerkennungsverträge — om positive Schuldanerkennungsverträge handlar *§ 781* — såsom »dingliche Veräusserungsverträge», »abstrakte Rechtsgeschäfte», jämförliga med de i *§ 398* omtalade Abtretungsverträge, hvarigenom en fordran öfverlåtes af borgenären på tredje man, Om man emellertid får anse, att ett Erlass-anbud nach der Verkehrssitte icke kräfver en dem Antragenden gegenüber afgifven förklaring om antagande, jfr *§ 151*, och enligt sin natur näppeligen ens medger ett antagande genom positiva konkludenta handlingar, så blir resultatet, att frisägelsen blir verksam, så snart den kommit till adressaten och denne icke omedelbart afböjer den samma, enär hvarje förståndig och ärlig man måste anse detta liktydigt med ett antagande. I sak är sålunda aftalsbeteckningen i detta fall blott en både onödig och lätt vilseledande etikett å ett på sin höjd enkelt tvåsidigt rättsärende, som icke innehåller någon som helst tillsägelse, och som åtminstone de lege ferenda borde anses verksamt, äfven om gäldenären ville afböja den samma: en hvar må visserligen ega frihet att afslå möjligt förvärf af ett rättsgodt, men lika väl att afstå från ett innehafvande rättsgodt; och ett afstående, som gäller en fordringsrätt hos annan, bör af samhället ur den allmänna rättssäkerhetens synpunkt anses giltigt och definitivt, så snart det är på ett socialt uppfattbart och rättsenligt sätt förklaradt, i all synnerhet som upprätthållandet af gäldenärens samhälleliga bundenhet beror icke af dennes vilja att vara

[1] Se Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 451, 452, vid § 397; jfr 453, 454 vid § 398.

bunden, utan af borgenärens vilja att icke släppa sin fordran. En annan sak är att parterna äfven genom aftal, t. ex. ett pactum de non petendo, eller en novation eller genom contrarius consensus kunna åstadkomma gäldenärens frigörelse — något som ock i motiven erkänts, ehuru direkta bestämmelser härom i allmänhet ansetts öfverflödiga[1]. Ett Erlassvertrag åter, i den mening *§ 397* afser, är icke ett aftal ens i formel begreppsbetydelse, utan blott ett oegentligt aftal. Alldeles det samma gäller om ett negativt Anerkennungsvertrag och om ett Abtretungsvertrag, af hvilka det förra liksom lagens Erlassvertrag i verkligheten blott så till vida är ett enkelt tvåsidigt rättsärende, ehuru utan tillsägelsekarakter, att det de iure väl förutsätter samförstånd mellan parterna, men alldeles icke mer än en enda viljeförklaring, nämligen aflåtarens, under det att det senare är ett vanligt enkelt öfverlåtelseärende, ehuru det öfverlåtande rättsgoda icke är ett ting utan en framtida handling af annan person, låt vara att öfverlåtelsen såsom faktum medför vissa legala förbindelser för öfverlåtaren[2]. Däremot bör naturligen det rättsärende, hvarigenom tredje man träder i stället för gäldenären i ett skuldförhållande, Schuldübernahme, *§ 414*, med skäl karakteriseras såsom aftal, ehuru gäldenärens befrielse är en legal följd af detta aftal icke såsom aftal, utan såsom blott rättsfaktum. Häri gör ej heller den omständigheten någon ändring, att gäldenären med tredje man aftalar en dylik Schuldübernahme, enär aftalet icke blir verksamt utan borgenärens samtycke, *§ 415*.

Frisägelser åter med afseende på sakrätt fullbordas genom rent ensidiga och såsom sådana i lagen erkända och betecknade rättshandlingar, alltså icke genom aftal, utan genom afsägelse. Så föreskrifves i

> *Ty. B. G. B. § 875:* Zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück ist, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt. — Vor der Löschung

[1] Se Haidlen, Bürg. Gesetzb. I: 418 ff.

[2] Beträffande åter befrielse genom kvittning, Aufrechnung, stadgar den tyska lagen i *§ 388*, att denna erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theil, alltså genom ensidigt handlande.

ist das Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat; *jfr §§ 1165, 1168, 1175, 1183,*

Och med afseende å nyttjanderätt i lös sak heter det i

Ty. B. G. B. § 1064: Zur Aufhebung des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Niessbrauchers gegenüber dem Eigenthümer oder dem Besteller, dass er den Niessbrauch aufgebe; *jfr art. 1071, 1253, 1255, 1278,*

Tydligare lärer icke kunna uttalas, att här föreligger ett ensidigt afsägelseärende.

Hvad till sist angår frisägelser enligt engelsk rätt, kunna dessa naturligen, liksom i romersk rätt, erhålla formen af aftal, covenants not to sue (pacta de non petendo) och äro då underkastade vanliga aftalsregler[1]. Och likaså är väl möjligt, att ett existerande kontraktsförhållande upplöses utan performance på grund af mutuus dissensus, hvilken väl kan betecknas såsom agreement, men ej såsom contract, eller på den grund, att ett nytt kontrakt ingås i afsigt och syfte att ersätta det gamla, med eller utan »intervention of a third party, who undertakes the liability of the contract and is accepted by the creditor» (novation)[2], men i så fall är det icke det nya kontraktet såsom aftal, utan det faktum, att ett nytt kontrakt ingåtts i nämda syfte, som medför, att the original contract need not be performed, *Ind. C. A. sec. 62.* I öfrigt är det emellertid icke genom ett aftal eller ens ett tvåsidigt rättsärende, utan genom en ensidig handling af den berättigade, release, som denna verkan frambringas[3], jfr

Ind. C. A. sec. 63: Every promisee may dispense with or remit, wholly or in part, the performance of the

[1] Leake, Digest s. 798 ff.

[2] Jfr Leake, Digest s. 681 ff. — Är däremot frisägelsen consideration för a promise och vice versa, så föreligger väl ett aftal, men ej angående frisägelsen, ehuru denna blir verksam, därför att the promise är consideration därför, jfr Leake, Digest s. 795 om »release by agreement not under seal».

[3] Leake, Digest s. 691—794 ff.

promise made to him, or may extend the time for such performance, or may accept instead of it any satisfaction which the thinks fit.

Den nu afslutade undersökningen af de moderna landslagstiftningarnas bestämmelser rörande aftal, så vidt de samma beröra själfva aftalsbegreppet, ger alltså i korthet vid handen,

att aftalet principielt framstår såsom tillsägelseärende i samtliga landslagstiftningar utom den portugisiska, där aftalet snarast är liktydigt med tvåsidigt rättsärende;

att karakteren af tillsägelseärende gör ett rättsärende till aftal, äfven om tillsägelsen är allenast ensidig, och att i alla rättssystem utom det anglikanska äfven en tillsägelse utan motaflåtelse uppfattas såsom aftal, hvaremot den anglikanska rätten i princip upptagit det materiella aftalsbegreppet;

att en ensidig utfästelsehandling i regel endast om den åtföljes af något ytterligare rättsfaktum betraktas såsom rättsgiltig, och att såsom sådant faktum öfverallt utom i den anglikanska rätten ett enkelt antagande är tillräckligt, dock att i vissa fall enligt schweizisk och möjligen äfven dansk samt undantagsvis nytysk rätt ej ens ett antagande är nödigt, utan blott ett icke-afslående;

att aftalet såsom aftal ingenstädes medför omedelbart sakrättsliga verkningar, ehuru dess afslutande enligt romansk rätt, utom spansk och nederländsk, betraktas såsom tillika en påbörjad och i förhållande till aflåtaren omedelbart giltig tillegnelsedisposition öfver den uppkomna obligationens prästationsobjekt;

att samtliga lagstiftningar, utom den franska, belgiska, italienska och nederländska, uttryckligen och särskildt med hänsyn tagen till aftal mellan frånvarande upplöst aftalet i anbud och antagande såsom rättshandlingar, men icke såsom rättsärenden, för så vidt de betraktas i sitt förhållande till aftalet;

att öfverallt fullbordandet af antagandets dispositionsakt betecknar aftalets fullbordan, ehuru tidpunkten därför är på olika sätt i olika lagstiftningar bestämd;

att aftal mellan frånvarande per litteras fullbordas: med antagande svars *afsändande*, enligt schweizisk och engelsk rätt (i den senare åtminstone vid anlitande af postverket) och möjligen fransk rättspraxis; med svarets behöriga *framkomst*, enligt österrikisk och nytysk rätt; med *kännedomstagandet* af svaret, i allmänhet enligt romansk rätt;

att rättsverkningarne af ett fullbordadt aftal mellan frånvarande enligt anglo-indisk och schweizisk rätt äro beroende af det retroaktivt verkande suspensiva vilkor, och aftalets fortbestånd af det resolutiva vilkor, att svaret behörigen framkommer;

att anbudet, så snart det framkommit, medför en legal och temporär bundenhet vid ordet enligt nytysk, schweizisk och österrikisk samt portugisisk rätt, men enligt de öfriga icke ens om väntetid blifvit utfäst, (möjligen med undantag för fransk praxis och doktrin), ehuru ersättningsskyldighet för eventuel skada till följd af återkallelse i regel torde åligga anbudsgifvaren, utom enligt engelsk och möjligen spansk rätt;

att följden af en återkallelse trots legal bundenhet enligt portugisisk rätt blott blir skadeståndspligt, enligt de tre öfriga rättssystemen åter återkallelsens nullitet;

att samtliga lagstiftningar uppfattat consensus framför allt såsom samförstånd, ehuru utan att underkänna dess karakter af samtycke, hvilken dock tydligt gjort sig gällande blott i fransk och nederländsk rätt, hvaremot den schweiziska genom åtskilliga föreskrifter i betydlig mån tvärtom utplånat skilnaden mellan aftal och blott samförstånd.

I stort sedt torde alltså kunna sägas, att de i första kapitlet framställda satserna om aftalets rätta konstruktion såsom faktisk företeelse och såsom vetenskapligt begrepp äfven visat sig hafva i gällande utländsk lagstiftning inom vårt statssystems olika länder blifvit beaktade och tillämpade, om ej öfverallt fullständigt, så dock öfverallt och synnerligast i den engelska rätten i allt väsentligt.